Das gesetzliche Pfandrecht des Werkunternehmers.

Inaugural-Dissertation

verfasst und der

hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der rechts- und staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Robert Dihm
aus München.

München
Kgl. Hof- und Universitäts-Buchdruckerei Dr. C. Wolf & Sohn
1912.

Das gesetzliche Pfandrecht des Werkunternehmers.

Inaugural-Dissertation

verfasst und der

hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der rechts- und staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Robert Dihm
aus München.

München
Kgl. Hof- und Universitäts-Buchdruckerei Dr. C. Wolf & Sohn
1912.

Referent:

Geheimrat Prof. Dr. H. v. Burckhard.

Inhaltsübersicht.

Seite

A. Geschichte und Entwicklung des Werkmeisterpfandrechts 1

I. Einleitung 1

II. Römisches Recht 2

III. Deutsches Recht 7

1. Das alte deutsche Recht bis zur Rezeption 7

2. Die Zeit nach der Rezeption 23

a) Das Rechtsgebiet des codex Maximilianeus Bavaricus civilis . 24

b) Das Rechtsgebiet der gesamten kleineren Territorien mit gemeinsamer subsidiärer Geltung des gemeinen Rechts 27

c) Das Rechtsgebiet des preußischen Landrechts 28

d) Das Rechtsgebiet des code civil 31

3. Das Bürgerliche Gesetzbuch 32

B. Die gesicherten Forderungen 34

C. Die rechtlichen Qualitäten der Pfandsache 43

I. Durch Vertrag verpfändbare Sachen 43

II. Im Wege der Zwangsvollstreckung pfändbare Sachen 46

III. Früchte, Zubehör, Bestandteile 49

IV. Bewegliche Sachen 52

V. Surrogate 53

D. Der Tatbestand der Entstehung des Pfandrechts 54

I. Allgemeines 54

II. Der Tatbestand der Entstehung des Pfandrechts auf Seite des Bestellers 57

1. Eigentum 57

2. Keine Geltung des Satzes „Hand wahre Hand“ 60

a) Geschichtliche Entwicklung des Satzes „Hand wahre Hand“ . 60

b) Fehlen der Grundlagen für den Schutz des guten Glaubens beim gesetzlichen Pfandrecht des Werkunternehmers . . . 63

III. Der Tatbestand der Entstehung des Pfandrechts auf Seite des Unternehmers 78

1. Der Begriff „Unternehmer“ 78

2. Herstellung oder Ausbesserung 80

3. Besitzerlangung 88

E. Rang 91

F. Das Pfandrecht nach der Entstehung 97

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549801_0075

A. Geschichte und Entwicklung des Werkmeisterpfandrechts.

I. Einleitung.

Der Grund dafür, daß die anfangs so langsame Entwicklung des Instituts des Werkvertrags in neuerer Zeit eine so lebhafte geworden ist, liegt in der Umwälzung der sozialen Verhältnisse, in den neuen Ideen von Wert und Schutzbedürftigkeit der Arbeit und deren Betonung von seiten der öffentlichen Meinung wie der Fachleute, welche die Arbeit als den wichtigsten Faktor der Güterbildung und den Schutz der schaffenden Tätigkeit nicht als im Verhältnis zu ihrer Bedeutung stehend erkannten. Die obligatorische Forderung des Arbeiters, die ihn, während das Ergebnis seiner Arbeit im vollen Wert bestand, oft leer ausgehen ließ, erschien der neueren Zeit als ungenügend, um so mehr als hier nicht wie beim Kauf, wo die Leistung nur Zug um Zug zu erfolgen braucht, ein Schutz in dem Retentionsrecht gegeben ist, sondern der zur Vorleistung verpflichtete Arbeiter der Gefahr ausgesetzt ist, das ihm für die geleistete Arbeit gebührende Äquivalent nicht zu erhalten.

Dem Bestreben, dies durch Gewährung einer Sicherheit auszugleichen, stellten sich mannigfache Hindernisse entgegen. Sie lagen nicht bloß in dem häufigen Mangel eines geeigneten Objekts, sondern auch in anderen Umständen, allgemeinen Wirtschaftsbedingungen und Grundsätzen des geltenden Rechts. Der Ruf nach Rechtsschutz war leichter zu erheben als zu befriedigen.

II. Römisches Recht.

Dem ältesten römischen Recht war der Begriff des Werkvertrags im Gebiete des Privatrechts fremd. Daran waren nicht etwa, wie man bisweilen lesen kann, die Einrichtung der Sklaverei und die geringe Wertung der Arbeit schuld, sondern die primitiven Wirtschaftsverhältnisse. Als Cincinnatus hinter dem Pfluge schritt, war zweifellos eigene Arbeit die Regel. Der Begriff des Werkvertrags trat den Römern zuerst in den Unternehmungen ihres Gemeinwesens auf dem Gebiete der öffentlichen Bauten entgegen. Diese wurden durch den Zensor an einen Unternehmer öffentlich verdungen.[1]) Für diese vom Dienstvertrag gänzlich verschiedene Entwicklung spricht deutlich der Umstand, daß der Ausdruck locator beim Dienstvertrag für denjenigen gebraucht wurde, der das Entgelt erhielt; der Ausdruck conductor für denjenigen, der die Vergütung bezahlen mußte, während dies beim Werkvertrag gerade umgekehrt war. Es entspricht das der Grundbedeutung der Worte locare = unterbringen, an den Mann bringen und conducere = an sich bringen als gewollter Gegensätze. Der Vermieter bringt sein Haus an den Mann, der Zensor seine öffentliche Bauten, der Dienstleistende seine Dienste; der Mieter bringt das Haus an sich, der Baumeister die Bauten, der Dienstherr die Dienste.[2]) Hienach könnte man mit Degenkolb[3]) annehmen, locator heiße stets die Person, von welcher die Initiative zum Geschäft ausgehe, mit Recht sieht aber Riezler[4]) das Entscheidende nicht im Ergreifen der Initiative, sondern in der „Weggabe des natürlichen Besitzes auf Zeit." Dies ist entschieden das Wichtigere, ohne daß man jedoch deshalb den ohne Zweifel vorhandenen weiteren Gesichtspunkt als unwesentlich außer acht lassen dürfte. Jedenfalls deutet die verschiedene Terminologie auf eine verschiedenartige Entwicklung von Dienst- und Werkvertrag hin. Die öffentlichrechtliche Natur des Verhältnisses brachte es aber mit

---

[1]) Riezler, Der Werkvertrag nach B. G. B. Jena 1900, S. 3. Hier auch die näheren Nachweise.

[2]) Riezler, a. a. O. S. 12, Varro lib. IV de lingua Lat.: „Locare est facere, ut res uspiam consistat."

[3]) Degenkolb, Platzrecht und Miete, S. 132 f., angeführt bei Riezler, a. a. O. S. 11 unten.

[4]) Riezler, a. a. O. S. 12.

sich, daß der Unternehmer kein Klagerecht[1]) gegen den Staat als Besteller hatte, und wo das Klagerecht fehlt, war auch kein Platz für Sicherung der Forderung; ja es mußte der Unternehmer sogar noch Sicherheit für die richtige Ausführung des Werkes leisten.[2])

Der Werkvertrag wurde aus dem öffentlichen Recht in das Zivilrecht unter entsprechender Anpassung an die zivilen Verhältnisse übernommen.[3]) Er war von Anfang an Konsensual-Vertrag und ging für den Unternehmer auf Bewirkung eines Erfolges, für den Besteller auf Bezahlung des bedungenen Preises, wobei aber wie bei den übrigen Arten der locatio conductio für den einen Teil unbedingte Vorleistungspflicht bestand.[4])

---

[1]) Riezler, S. 4 unten. [2]) Riezler, S. 4 oben.

[3]) T. J. 3, 24: De locatione et conductione; T. D. 19, 2: Locati conducti; T. C. 4, 25: De locato et conducto. Dargestellt in: Glücks Erläuterungen, Bd. 17, S. 263 ff.; Weiske, Rechtslexikon, Bd. 7 (Leipzig 1847), S. 735 ff.; Dankwardt, Die locatio conductio operis, Iherings Jahrbücher, Bd. 13, S. 299 ff.; Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des preuß. Rechts, Bd. 13, S. 1 ff., 263 ff., „Zur Lehre vom Werkverdingungsvertrage", sowie in den bekannten Institutionen und Pandektenbehandlungen.

[4]) L. 30 § 3 D h. t. XIX, 2: Qui aedem faciendam locaverat in lege dixerat: quoad in opus lapidis opus erit, pro lapide et manu pretio dominus redemtori in pedes singulos septem dabit; quaesitum est, utrum factum opus, an etiam imperfectum metiri oporteret? Respondit, etiam imperfectum = jemand, der die Erbauung eines Gebäudes verdungen hatte, hatte im Kontrakt gesagt: Insofern beim Bau Steine erforderlich sind, wird der Bauherr dem Baumeister für Material und Arbeit auf jedem Fuß (tausend Sestertien) gut tun; es wurde die Frage erhoben, ob der Bau (in dieser Beziehung) erst nach seiner Vollendung oder schon vorher vermessen werden müsse? Man hat geantwortet, (es könne geschehen) auch wenn er noch unvollendet sei.

Aus dem „etiam" entnimmt man, daß die Regel gewesen wäre, der Bau sei erst am Ende der Bauzeit vermessen worden; damit sei bewiesen, daß die Vergütung gewöhnlich erst nach Vollendung bezahlt worden sei, denn sonst hätte man den Bau schon vorher vermessen. Dies ist zweifellos richtig. Indessen kann man nicht den Schluß daraus ziehen, daß erst nach Ablieferung die Vergütung bezahlt werden müßte, sondern feststellen kann man damit nur, daß nach Fertigstellung diese Regel üblich war. Für die gegebene Stelle ist dies vielleicht bedeutungslos, weil ein Zurückbehaltungsrecht doch nicht ausgeübt werden kann; für bewegliche Sachen ist aber der Unterschied sehr wichtig. Die Zeitpunkte der Fertigstellung, Genehmigung und Bezahlung brauchen nicht notwendig zusammenfallen. Auch aus den Stellen L. 36 § 1 D und L. 51 § 1 D h. t. 19, 2 ist nicht zu entnehmen, daß etwa körperliche bewegliche Sachen abgeliefert werden mußten und daß erst dann das Entgelt verlangt werden konnte. Baron, Pandekten, 7. Aufl., Leipzig 1893, S. 532 stellt

Die Vorleistungspflicht endete jedoch in dem Moment, wo die Herstellungsarbeit — die Dauerleistung, welche die Vorleistungspflicht bedingt — sich im fertigen Produkt verkörperte. In diesem Moment konnte der Austausch Zug um Zug stattfinden. Dies wurde im römischen Recht so ausgedrückt, daß die Vergütung bei der „adprobatio" zu entrichten war. Eine andere Regelung hätte auch die Interessen des Unternehmers, der bis dahin ohnedies schon ganz einseitig die Gefahr des Werkes tragen mußte, schwer geschädigt. Das weiter unten behandelte Zurückbehaltungsrecht hätte er niemals ausüben können, wenn er ohne Rücksicht auf die Bezahlung oder das Angebot der Vergütung das fertige Werk hätte tradieren müssen. Das Wort „adprobatio" läßt außerdem keineswegs wie etwa das Wort „Abnahme" beim Werkvertrag des B. G. B. an einen tatsächlichen Besitzübergang denken. Verlangte demnach der Vertragsgegner Aushändigung des Werks, ohne zugleich die Vergütung anzubieten, so stand dem Unternehmer die exceptio non adimpleti contractus zu.[1])

Ein Zurückbehaltungsrecht beim Werkvertrage konnte sich ferner noch ergeben aus dem Gesichtspunkte der Verwendung zum Nutzen einer Sache[2]) und aus dem allgemeinen Leistungsverweigerungsrecht. Diejenige Einrede aber, welche dem modernen bürgerlichrechtlichen Rechtsschutz, der gegen den Besteller gegeben ist, allein entspricht, ist die exceptio non adimpleti contractus; denn das allgemeine Leistungsverweigerungsrecht bezog sich darüber hinaus auf alle geschuldeten obligatorischen Leistungen,[3]) mochten sich diese nun als Gegenleistungen gegenüberstehen oder sich als außer- oder nebenvertragliche darstellen; das Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendung aber richtete sich, soweit nicht etwa Besteller und Eigentümer ein und dieselbe Person waren, gegen ein außerhalb des Vertrages stehendes Rechtssubjekt.

Das allgemeine Leistungsverweigerungsrecht kann im Gegensatze zur exc. n. ad. c. gegen jeden geltend gemacht werden, dessen

---

sogar den Satz auf: „Der Besteller muß nach Ablieferung des Werkes den Preis bezahlen." Etwas Derartiges läßt sich in den Quellen nicht finden.

[1]) H. Dankwardt, Die locatio conductio operis in Iherings Jahrbücher Bd. 13, S. 349; Quellenstellen: Gai IV, 126a; L. 25 D 19, 1; L. 5 § 4 D 44, 4 und L. 5 C 8, 44 (45).

[2]) Glück, Erläuterungen, Bd. 15, S. 126.

[3]) Endemann, Bürgerliches Recht, 8. Aufl., Bd. I, S. 710.

Herausgabeverlangen sich als unbillig darstellt. Nicht nur der Personenkreis, dem gegenüber die beiden Einreden ausgeübt werden, ist verschieden, sondern auch die Art des Anspruchs. Mit der exc. n. ad. c. kann nur gegenüber der mangelnden vertragsmäßigen Gegenleistung Erfolg erzielt werden, das allgemeine Leistungsverweigerungsrecht ist auch statthaft bei mehreren sich nicht direkt bedingenden Rechtsverhältnissen, sobald sie nur faktisch eine Einheit darstellen. Hier also „die natürliche gewollte (oder als gewollt vorauszusetzende) Einheitlichkeit des faktischen Verhältnisses"; dort „die rechtliche gegenseitige Bedingtheit von Leistung und Gegenleistung".[1]) Der Rahmen der Wirksamkeit ist demnach für das allgemeine Leistungsverweigerungsrecht größer wie für die exc. n. ad. c.

Die Einrede des Zurückbehaltungsrechts wegen Verwendung zum Nutzen der Sache (exceptio retentionis) war wichtig, wenn die Sache von ihrem Eigentümer, der nicht zugleich Besteller war, herausverlangt wurde; denn gegen ihn war natürlich die Einrede des nicht erfüllten Vertrages unzulässig, da mit ihm kein Vertrag geschlossen worden war. Dieser Verwendungsanspruch richtete sich gegen jeden, der mit der Sache auch den durch die Verwendung bewirkten Vorteil erlangen würde. Praktisch kommt nur der dinglich Berechtigte in Betracht. Das Mittel zur Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts[2]) war die sogenannte exceptio doli generalis (nihil dolo malo A^{i} fiat), während die im B. G. B. an 3 gesonderten Stellen angeführten Einrederechte des sogenannten Zurückbehaltungsrechts (§ 273), der Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320) und des Zurückbehaltungsrechts wegen Verwendung zum Nutzen der Sache (§ 1000) im römischen Recht auf eine einheitliche Formel gebracht waren, hat das B. G. B. sie als besondere Typen[3]) aufgestellt; die allgemeine Einrede des unbilligen Verlangens dabei aber ebenso wie das gemeine Recht als „Zurückbehaltungsrecht" bezeichnet, obwohl man bei diesem Ausdruck nur an die Zurückbehaltung körperlicher Sachen denkt, während doch alle Arten von Leistungen (also auch Unterlassungen[4])) hierunter fallen.

---

[1]) Entscheidung R. G. 14, 231.

[2]) Dernburg, Pandekten, 8. Aufl., I, S. 248.

[3]) Beispiele von Anwendung der exceptio doli im B. G. B. § 242 und § 157.

[4]) Oertmann, 3./4. Aufl., S. 94, Anm. 4a zu § 273 und die dort Zitierten.

Die exceptio non adimpleti contractus war das einzige Mittel, welches im römischen Recht dem Unternehmer zu seiner Sicherung zustand. Ein Pfandrecht für seine Forderungen hatte er nicht.

Die Mängel dieser Sicherung liegen auf der Hand. Erstens konnte der Unternehmer die zurückbehaltene Sache nicht verwerten, zunächst deshalb, weil er sie nicht wirksam verpfänden konnte, aber auch deshalb, weil er seine Forderung auf Bezahlung der Vergütung anfangs überhaupt nicht und in späterer Zeit nur in umständlicher Weise an einen Dritten abtreten konnte.[1]) Noch ungenügender war der Umweg der Novation, da sie nicht nur von der Mitwirkung des Schuldners abhängig war, sondern weil auch mit dem Untergang der alten Obligation die Einrederechte verloren gingen. Das mandatum agendi bot zwar einen etwas besseren Weg, besonders als nicht mehr durch die Litiskontestation, sondern schon durch die Denunziation dem Zedenten die weitere Ausübung seiner Forderung abgeschnitten wurde, allein Gläubiger wurde der Zessionar auch nach Einführung der actio utilis suo nomine nicht, denn übertragen wurde nur die actio, nicht die obligatio.[2])

Ein zweiter bedenklicher Mangel war, daß die Zurückbehaltungsbefugnis im Falle des Besitzverlustes erlosch. War z. B. die bearbeitete Sache wider Willen des Unternehmers in das Eigentum des Bestellers zurückgekommen, so hatte der Unternehmer keinen Schutz, denn er konnte nicht, wie bei einem Pfandrecht, die Herausgabe des Besitzes verlangen.

Die Sicherung des Unternehmers ist danach im römischen Recht eine wenig genügende. Auf den Gedanken, ihn durch gesetzliches Pfandrecht zu sichern, sind die Römer nicht gekommen, während sie doch ein solches in verschiedenen Fällen angewandt haben; auch nicht unter dem Gesichtspunkt der versio in rem.

---

[1]) Nach B. G. B. gehen Forderung samt Zurückbehaltungsbefugnis, mag diese sich nun auf die Einrede des nichterfüllten Vertrages oder auf das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 bzw. § 1000 stützen, auf den Rechtsnachfolger des Unternehmers durch Abtretung gemäß §§ 398 ff. B. G. B. über.

[2]) Salkowski, Institutionen, 9. Aufl., S. 450; Sohm, Institutionen, 9. Aufl., Leipzig 1899, S. 419 ff.

III. Deutsches Recht.

1. Das alte deutsche Recht bis zur Rezeption.

Im alten deutschen Recht finden sich eine ganze Reihe von Gesetzesnormen über die Sicherung. Ich stelle die einzelnen Quellenstellen, soweit sie mir zugänglich waren, zusammen.

No. 1. Stadtrecht von München von 1347. Franz Auer, München 1840. Das Stadtrecht von München.[1]) (Codex des Münchner Stadtarchivs I. III. Ferner Codex der K. Hof- und Staatsbibliothek zu München.)

Art. 348.

Chain hantwerchsman sol nicht teurer versetzen, denn umb sein lon. Ez sol chain hantwerchsman daz werk, daz im ze würken ist geben, nicht teurer versetzen noch verschümern[2]) nicht anders, dann umb als vil, als sein lon ist, des er danoch nicht ein hat genomen und swer daz übervert,[3]) oder süst paitt auf chain sogetan werk, der hat sein gelt auf dem selben verloren er mach dan war, daz er darumb nicht gewest hab an gevaerd.

Der Betrag, um den ein Handwerksmann das zu fertigende Werk versetzt, darf nicht höher sein als sein Lohn. Es soll kein Handwerksmann das Werk, das ihm zu wirken (zur Fertigung) übergeben ist, um mehr versetzen oder zu Pfande leihen als was sein Lohn ausmacht, den er zu dieser Zeit noch nicht eingenommen hat. Wer das (diese Vorschrift) nicht beachtet oder sonst auf ein solches Werk borgt, der hat sein Geld für das Werk (= Lohn) verloren, er beweise denn, daß er ohne böse Absicht keine Kenntnis davon gehabt habe.

---

[1]) Am Ende des Buches ist eine alphabetische Erläuterung der altbayerischen Ausdrücke, die auch zur Übersetzung diente.

[2]) Verschümern = zu Pfande leihen, versetzen (Auer), indessen findet sich das Wort nicht bei Schmeller, Bayerisches Wörterbuch 1869. Verkümmern mhd. heißt mit Beschlag belegen, verpfänden, überhaupt veräußern.

[3]) Weren mhd. ein Gebot halten, befolgen (Schmeller, Bayerisches Wörterbuch, Bd. 2, S. 975).

No. 2. Nürnberg 1290 (A. Würfel, Nachrichten von der Judengemeinde. Nürnberg 1755, S. 30; bei Meyer[1]) S. 77.)

Ez magk avch dhein sneider noch mentler noch dheinerlei hantwerkmann, der vmb lon würket, dhein guet, daz sein niht izt, sweter den cristen noch Jueden nicht höher versetzen, den vmb viel alz lonez er verdint het, swer daz darober einnimpt ze pfante oder darauf liet, der muzz ez einem, dez ez do yzt, wider gebenne vmb daz lon, daz er do an verdient het, vnd nit hoeher.

Es soll weder Schneider noch Mäntler noch irgend ein Handwerker, der um Lohn arbeitet, dein Gut, das ihm nicht gehört, weder den Christen noch den Juden höher versetzen als um den Lohn, den er daran verdient hat; wer etwas darüber einnimmt zu Pfand oder darauf leiht, der muß das Gut demjenigen, dem das Gut gehört, wieder zurückgeben gegen Bezahlung des Lohnes.

No. 3. Dortmunder Urteilsbuch (Dortmunder Statuten und Urteile herausgegeben von F. Frensdorf Bd. IV. Halle a. S. 1882, S. 109; bei Meyer S. 77).

3. Eyme kerstenen, dem eyn schroder gesneden wand settet daren sol de ghene nicht mer ane hebben, dan de schrodere darane vordent hevet.

Ein Christ kann sein Pfandrecht an einem Stück Tuch, das ihm ein Schneider versetzt hat, nicht für einen höheren Betrag geltend machen, als der Schneider daran verdient hat.

No. 4. Hamburg vom Jahre 1270 (J. M. Lappenberg, Hamburgische Rechtsaltertümer I. Hamburg 1845, S. 32; bei Meyer, a. a. O. S. 78).

So we[2]) syn gud deit eneme ammetmanne to makende, de ammetmann ne mach dat gud nicht hogere vorsetten den vor syn lon.

Wenn jemand einem Handwerksmann sein Gut zu machen gibt, so darf der Handwerksmann das Gut nicht höher versetzen als um seinen Lohn.

No. 5. Memminger Rechtsbuch 1396 (M. Frhr. v. Freyberg, Sammlung historischer Schriften und Urkunden Bd. V.

[1]) Herbert Meyer, Entwerung und Eigentum im deutschen Fahrnisrecht. Jena 1902.

[2]) So we = wer.

Stuttgart und Tübingen 1836, S. 312; bei Meyer, a. a. O. S. 78).

46, 2. Wer ouch hie ze Memmingen aim antwerckman, er sie schnider, schuochster, gärber oder ander antwerkman oder fröw ichtz entpfilcht ze machen vnd er das versatzti, E er es gemachti, der sol ain manod von der stat vnd sol jms dennocht an schaden lösen; versatzti er das aber, So ers gemacht hett, das sol er doch nicht tiurer tuon, denn vmb sin lon; wer das darober tät, der sol ouch ain manod von der stat sin, und sol jms dennocht lösen, was er tiurer versetzt hat.

46, 2. Wenn in Memmingen jemand einem Handwerksmann, er sei Schneider, Schuster, Gerber oder anderer Handwerksmann oder eine Frau, irgend etwas zu machen aufträgt und der Handwerksmann versetzt das, ehe er es gemacht hat, so muß er einen Monat aus der Stadt und dem Besteller die Sache außerdem ohne Schaden für diesen freimachen (vom Pfandrecht); versetzt der Handwerksmann aber die Sache, nachdem er sie gemacht hat, so darf er es doch nicht um einen höheren Betrag, als was sein Lohn ausmacht; wer es darüber tut, der muß auch einen Monat aus der Stadt und dem Besteller die Sache außerdem von dem Pfandrecht freimachen, insoweit es den Lohn übersteigt.

No. 6. Cont. de Bourges, 54 (C. A. Bourdot de Richebourg, Nouveau coutumier general, t. III. Paris 1724, p. 880; bei Meyer S. 78).

Quand aulcun baille a besoigne chez aulcun ouvrier, comme sa robe chez le tondeur a tondre ou ches le consturier à faire, et aussi des autres choses, si il ad advient que l'ouvrier l'engaige et s'en fuye, celluy à qui sera la besoigne l'aura à son parfait par son serment en payant l'ouvrage loyalment.

Gibt jemand einem Arbeiter etwas zur Besorgung wie z. B. dem Tuchmacher Tuch zum Scheren oder dem Schneider zum Kleidermachen und kommt es dann vor, daß der Arbeiter zwar die Bestellung annimmt aber dann durchbrennt, so soll der Besteller zu seiner Schadloshaltung das fertige Werk (also das gemachte Kleid) erhalten, wenn er sein

Eigentum beschworen und den Lohn (eig. Arbeit, l'ouvrage), wie es der Billigkeit entspricht, bezahlt hat.[1])

No. 7. Roye 1183, c. 47 Ordonnances XI, p. 231. (Ordonnances des rois de France de la Aroisième race XI, 1755, éd. Secousse Paris p. 231; bei Meyer, a. a. O. S. 78.)

Si aliquis burgensis vel uxor ejus alicui filatrici lanam commiserit filandam sub mercede, et filatrix filata pignori obligaverit, ultra quam in filando deservierit maior[2]) communis pro debita tantum mercede filata reddi faciet ei, cuius extiterit lana.

Wenn ein Bürger oder seine Frau einem Spinner Wolle zum Spinnen gegen Lohn übergibt, und der Spinner das Gesponnene höher verpfändet, als was er für das Spinnen verdient hat, so soll der Gemeindevorsteher das Gesponnene um soviel, als Lohn geschuldet ist, demjenigen zurückgeben, dem die Wolle gehört.

No. 8. Das Stadtbuch von Augsburg, insbesondere das Stadtrecht vom Jahr 1276. Dr. Christian Meyer Augsburg 1872.[3])

S. 217 Art. CXXX III § 2.

Man sol auh wizzen: swaer eime snider gewant enphilhet[4]) ze sniden, swelher hande gewant daz ist, daz sol er ieme wider antwurten unde sol sin lon naemen.

Verkummerte oder versatzte er ez daruber iender[5]) maeht er des ieme niht erloesen, swa ez danne iener vindet da sol manz im wider gaeben ane schaden, ane umbe daz

Man soll auch wissen: Trägt jemand einem Schneider auf, einen Anzug zu fertigen, so soll der Schneider ihm den Anzug, welcherlei Art dieser sei, wieder ausantworten und seinen Lohn nehmen. Veräusserte der Schneider den Anzug oder versetzte er ihn irgendwo um einen höheren Betrag, als was sein Lohn ausmachte,

---

[1]) Die Übersetzung wurde gefertigt nach: Lexique de L'ancien Francais J. Bonnard und A. Salmon, Paris und Leipzig 1901.

[2]) Maior = Gemeindevorsteher, s. Etymologisches Wörterbuch der französischen Sprache von Gustav Körting, Paderborn 1908.

[3]) Übersetzung nach dem angefügten Lexikon.

[4]) Enphelhen = empfehlen, befehlen, auftragen.

[5]) Irgendwo.

lon ob er es dannoch iht[1]) inne hat[2])

und kann er dem Besteller den Anzug nicht freimachen, so muß man dem Besteller den Anzug zurückgeben, wo immer er ihn findet, ohne Schaden (= vollständig umsonst) und ohne den Lohn[3]) verlangen zu können, vorausgesetzt, daß er ihn da noch nicht bezahlt hat.

No. 9. Bremenser Statuten vom Jahr 1303. Gerhard Oelrichs „Vollständige Sammlung alter und neuer Gesetzbücher der Kaiserl. und des Heil. Römischen Reichs Freien Stadt Bremen". Bremen 1771, S. 90 XXXVI.

So vvor en man eneme ammichtmanne 29) deyt sin got tho makende. So welker hande it si umme sin lon. . . . . he scal eme gheven also vele. also he eme sculdich is tho lone. unde nicht hoghere ne maghet dhe ammetman vorsetten.

Gibt jemand einem Handwerksmann sein Gut, welcher Art es immer sei, gegen Lohn zu machen . . . . ., so soll ihm der Besteller also viel Lohn geben, als er ihm schuldig ist. Auch soll der Handwerksmann das Gut nicht höher versetzen.

S. 128 C V.

So vve sin got deyt enen ammetmanne 100) tho makende. dhe ammetman ne 1) mach dhat got nichte hoghere versetten dhen vor sin lon 2) untfore 3) he oc uter[4]) stat. dhe husherre ne mach dhat got nicht hoghere holden. dhen dhat lon 4) wert was. dhat the ametman hebben scolde.

Gibt jemand einem Handwerksmann sein Gut zu machen, so darf der Handwerksmann das Gut nicht höher versetzen als um seinen Lohn. Falls aber ferner der Handwerker ausgezogen ist, so darf auch der Hausherr (für seine Mietforderung) an dem Gut sein Pfandrecht nicht für einen höhe-

[1]) Etwa.

[2]) Wörtlich: wenn er den Lohn da noch etwa inne hat d. h. noch nicht ausbezahlt hat.

[3]) Den Lohn braucht er weder an den Pfandleiher noch an den Handwerker zu bezahlen; das Geld hat also wie im Münchner Stadtrecht der Pfandleiher verloren, denn der Handwerker hat ja seinen Lohn durch die Pfandleihe schon erhalten.

[4]) Uter, uzar = auswärtig (außer).

ren Betrag geltend machen, als was der Lohn ausmacht, den der Handwerksmann erhalten sollte.

No. 10. Das alte Stadtrecht von Lüneburg um das Jahr 1400. W. Th. Kraut, Göttingen 1846, S. 79 CXIII.

So ein Linneweber edder Weversche einen gearbeidet hedde, und dat Lohn nicht werden möchte.

Dath ein Linneweber edder Weversche einen arbeidet hedde, und dat Lohn nicht werden möchte, dath Garn edder Lennewanth mögen se setten vor ehren Lohn und nicht dürer.

Wenn ein Linnenweber oder Weber für jemand gearbeitet hat und seinen Lohn nicht bekommen kann.

Wenn ein Linnenweber oder Weber für jemand gearbeitet hat und seinen Lohn nicht bekommen kann, so können sie das Garn oder die Leinwand in Höhe ihres Lohnes versetzen, aber nicht darüber.

No. 11. Das bayerische Landrecht vom Jahre 1346. Das Bayrisch Landrechtspůch, gedruckt 1516 ohne Ortsangabe; Codex der Hof- und Staatsbibliothek S. 9.

Das zehendt Capitel
Der Erst Artickel.
Von den Handwerksleuten.

Welch Hantwercksman eins gůet innhat / vnn in mer pfendet dann vmb das lon / dz er zů der zeyt vmb in an dem gůet verdiennet hat / wirt er das vbersagt alls recht ist / das er in vmb gellt das er im vor schulldig wär do er das gůet vmb innhat / so soll er jhenem sein pfand ledig lassen / vnd hat er die weyl an dem gůet jcht schaden genommen den er bereden mag mit seinem ayd / den

Das 10. Kapitel.
Art. 1.
Von den Handwerksleuten.

Wenn ein Handwerksmann ein Gut innehat und es um einen höheren Betrag verpfändet als sein Lohn ausmacht, den er zu der Zeit an dem Gut verdient hat, und wenn er ferner dessen überführt wird nach Recht, daß er das Gut um einen Betrag verpfändet, den er dem Besteller vorher schuldig war und um deswillen[1]) der Besteller um das Gut zur Bearbeitung gegeben hatte,

[1]) Um nämlich die Schuld auf die Weise abverdienen zu lassen.

sol er jm abthůn / vnn ist dem gericht schuldig worden ze půss lxxy pfenning.

so soll er jenem sein Pfand ledig lassen und hat inzwischen das Gut irgend einen Schaden genommen, den mag der Besteller mit seinem Eid beweisen, der Handwerksmann soll den Schaden ersetzen und ist dem Gericht 75 Pfennig zur Buße schuldig.

Trotz des schon deutlichen römischrechtlichen Einschlages ist die folgende Stelle insbesondere deshalb bemerkenswert, weil darin das selbständige Bestehen eines Zurückbehaltungsrechts neben dem Pfandrecht ausgesprochen ist.

No. 12. Landrecht: „Policey, Gerichts-, Malefitz- und andere Ordnungen der Fürstenthumben Obern und Nidern Bayrn". München 1616 S. 333.

32. Tit. 1 Art.

Dass ein Handwerchsman nit vmb mehr „dann sein Lohn ist" innen behalten vnd pfenden mag.

Ein Handwerksmann soll Sachen (des Bestellers) nicht für einen höheren Betrag zurückbehalten oder pfänden als sein Lohn ausmacht.

Dasjenig Guet / daran der Handtwerchsman sein Arbeit gelegt / ist demselben vmb seinen Lohn / den er daran verdient / stillschweigend verpfendet / wo er aber jemands Guet / vmb seinen Lohn innen hat / vmb solch Pfand vmb ein mehrers / dann er zu der Zeit an dem Guet verdient hat / innbehalten will / Wirdet der Handtwerchsman dess vberzeugt / als recht ist / so soll er dem andern sein Pfandt ledig lassen / vnd hat derselb am Guet jcht schaden genommen / den er bereden mag mit seinem Ayd / den soll der Hand-

Dasjenige Gut, an das der Handwerksmann Arbeit verwendet, ist demselben um seinen Lohn stillschweigend verpfändet.

Falls er aber jemands Gut um seinen Lohn in Besitz hat und dieses Pfand um mehr, als der an dem Gut verdiente Lohn ausmacht, zurückbehalten will, und wird der Handwerksmann dessen überführt nach Recht, so soll er dem andern sein Pfand freigeben und hat der Besteller am Gut einen Schaden erlitten, so soll er ihn mit seinem Eid beweisen; den Schaden soll der Handwerksmann

werchsman jhm abthun / vnd ist dem Gericht die Buess schuldig.

ersetzen und ist dem Gerichte die Buße schuldig.[1])

Meyer[2]) glaubt in seinem Buch „Entwerung und Eigentum im deutschen Fahrnisrecht", daß vier dort angeführte Quellenstellen den bisher angeführten Bestimmungen widersprechende Normen aufgestellt hätten.

Bei näherer Betrachtung erweist sich dies jedoch als Irrtum. Ich lasse die Stellen folgen:

---

[1]) Das hier erwähnte stillschweigende „Pfandrecht" fand im Konkurse entsprechende Berücksichtigung, wie folgende Stelle beweist:
Gandtprozeß der Fürstenthumben Obern und Nidern Bayrn vom Jahre 1616. Gedruckt zu München 1614, S. 76.

Art. 22: Von den andern stillschweigenden Pfandtschaften.

Es sein zweyerlay stillschweigende Pfandschafften / etliche haben noch dise Freyheit dazu / daß sie auch andern ältern Pfandtschafften vorgezogen werden / als die oben in der 1.) 2.) 3.) 4.) 5.) 6. vnd 7. Stell gesetzt worden / vnd sonsten deren im Rechten noch mehr möge gefunden werden:

Etliche aber haben kein freyheit deß Vorzugs / sonder werden geurtheilt nach ihrer aignen Zeit / nach deme sie alt oder jung sein / vnd dise gehören auch in die achte Stell / vnder diejenige / so außtruckenliche Pfandverschreibungen haben / also da ihre stillschweigende Pfandtschafften älter sein / als die außtruckenliche / sie denselben vorgehen / doch daß sie den stillschweigenden Pfandtschafften / die auch die freyheit deß Vorzugs haben / alßdann widerumb weichen müssen.

Es gibt zweierlei stillschweigende Pfandrechte; einzelne haben noch das Privilegium dazu, daß sie auch älteren Pfandrechten vorgezogen werden wie die oben in der 1. bis 7. Klasse und sonst in Gesetzen etwa angeführten weiteren Pfandrechte; einzelne haben aber kein Privilegium des Vorzugs, sondern ihr Rang bestimmt sich nach der Zeit ihrer Entstehung, je nachdem sie alt oder jung sind.

Diese letztere Gruppe gehört auch in die 8. Klasse, in der sich die ausdrücklichen vertragsmäßigen Pfandrechte befinden. Sind also die stillschweigenden Pfandrechte älter als die ausdrücklichen, so gehen sie denselben vor.

Dies gilt jedoch nicht, wenn sie nicht mit ausdrücklichen, sondern mit stillschweigenden Pfandrechten, die das Privilegium des Vorzugs haben, im Range konkurrieren.

Solchen Pfandrechten müssen sie im Range wiederum weichen.

Im Art. 24 Gantprozeß von 1614 ist des Handwerkerpfandrechts als eines zur 8. Klasse gehörenden Pfandrechts besonders Erwähnung getan und dabei auf das Landrecht verwiesen.

Damit ist das Handwerkerpfandrecht den vertragsmäßigen Pfandrechten gleichgestellt worden.

[2]) S. 77.

No. 13. Codex II 193, S. 346. J. F. Kach, Das alte Lübische Recht. Lübeck 1839; bei Meyer, S. 76.

Doit en man kledere oder anders wat iemende to makende, unde uor koft oder uor set dat iene, deme it is ghedan to makende de gene, de it dede to makende; maghet na stades rechte bet[1]) beholden den[2]) it iement eme untsecghen moghe.

Gibt ein Mann jemandem Kleider oder etwas anderes zu machen und verkauft oder versetzt dieser, was ihm zu machen gegeben ist, so kann derjenige, dem das zu Machende gehört, nach dem Recht der Stadt die Sachen behalten und niemand soll es ihm untersagen können.

No. 14. Visby Stadtrecht II, 6 § 1. Corpus iuris Sueo-Gotorum antiqui ed. L. J. Schlyter. Wisby Stadslag och Syörätt 1853, VIII, p. 81, bei Meyer S. 76.

dod oc en man deme anderen to makende wat, vnde wert dat vtesat vnghemaket, de ghene, deme dat ding to höret, de mach id weder nemen sunder gheld, ofte[3]) he dat betyghen mach, dat id sin si, oder winnet dat mit sineme ede.

Gibt jemand einem anderen etwas zu machen und wird das ungemacht versetzt, so kann derjenige, dem die Sache gehört, sie ohne Geld wieder nehmen, wenn er bezeugen kann, daß sie sein sei, oder wenn er das eidlich erhärtet.

No. 15. Braunschweiger Stadtrecht 108 (Urkundenbuch der Stadt Braunschweig, herausgegeben von L. Hänselmann I, Braunschweig 1873, S. 110; bei Meyer S. 76).

We eynem scradere bringt want, dar he ome cledere van snyden schal, verkofft edder vorsed de scrader dat want, des dat want is de schal yt to sek teen vppe den hilleghen[4]) ane broke, vnde

Bringt jemand einem Schneider Stoff, damit dieser ihm Kleider daraus fertige (schneide), und verkauft oder versetzt der Schneider den Stoff, so soll derjenige, dem der Stoff gehört, diesen in

---

[1]) bet = baz, besser.

[2]) den = denn, als (vergleichend).

[3]) ofte (ofe, of) = wenn.

[4]) hille (helgen, hilleghen) = Vorratsraum, Scheuer; die Räume, welche sich im Braunschweigischen über den Viehställen rechts und links der Diele befinden.

me schal dem scradere volghen myt der veme.

sein Haus mitnehmen dürfen ohne Borgelohn, und man soll den Schneider mit der Fehme verfolgen.

No. 16. Cons. Tolosae p. II, R. de deb. I (C. A. Bourdot de Richebourg, Nouveau coutumier general, z. IV, Paris 1724, p. 1046; bei Meyer S. 76).

Paratores, sartores, corraterii, textores pannos nec vestes nec sericum nec filata sibi tradita non possunt vendere non pignori obligare . . . . . .

Arbeiter, Ausbesserer, Zusammenflicker, Weber können Tuch, Kleider, einen Anzug oder Gesponnenes, das ihnen übergeben worden ist, nicht verkaufen oder verpfänden.

Tamen si aliquis vel aliqua de his praed. emerit vel suam pecuniam ibi accomodaverit, pecuniam totius illius emptionis et impignorationis amittat et illum totum illi, cujus fuerit, reddat penitus absolutum.

Kauft doch jemand davon oder leiht Geld darauf, so soll er die Kauf- oder Pfändungssumme verlieren und das ganze fragliche Gut demjenigen, dem es gehört hat, völlig frei zurückgeben.

Die vier zuletzt angeführten Stellen behandeln ganz andere Fälle. Während in den vorausgehenden[1]) Stellen der Fall stets so liegt, daß der Handwerker Sachen zur Bearbeitung erhält und diese nach Bearbeitung versetzt, ist der Fall hier stets so gelagert, daß der Handwerker, ohne etwas an den Sachen gemacht zu haben, die ihm übergebenen (noch unbearbeiteten) Sachen verpfändet. Zwischen beiden Fällen will wohl unterschieden sein. In Nr. 13 heißt es: „dem das zu Machende gehört"; in Nr. 14 sogar: „und wird das ungemacht versetzt"; in Nr. 15 wird ausdrücklich der Stoff, welcher mit want bezeichnet ist, als versetzt angenommen und nicht das Produkt, welches ja cledere benannt ist; Nr. 16 spricht nur vom Versatz des „Übergebenen" (sibi tradita); nirgends wird der Lohn erwähnt. Dagegen wird in den anderen angeführten Quellenstellen stets bemerkt „den Lohn, den er daran verdient hat" und ähnlich. Die Arbeit, ist also hier stets schon geleistet.

[1]) Noch weitere hierher einschlägige Stellen zitiert Löning, Der Vertragsbruch im deutschen Recht. Straßburg 1876, S. 411. Anm. 14.

Der treffendste Beweis aber ist der, daß das Memminger Rechtsbuch, welches beide Gruppen von Fällen anführt, auch entsprechend die beiden verschiedenen Resultate anführt. Es liegt also kein Gegensatz in der Folgerung, sondern vielmehr ein solcher in der Bedingung vor.

Wurde von einem Handwerker Gut versetzt, bevor er es gemacht hatte, so lag eine unrechtmäßige Entwerung vor; hatte er es aber bereits gemacht, so lag insofern keine unrechtmäßige Entwerung vor, als er zur Verpfändung bis zur Höhe des verdienten Lohnes berechtigt war (so auch Löning, Der Vertragsbruch, S. 411). Deshalb hätte Meyer[1]) ruhig die allgemeine Geltung des Satzes behaupten können, daß die von Handwerkern veräußerten Sachen dem Satz „Hand wahre Hand" nicht unterstellt sind, daß aber im Falle vorausgegangener Bearbeitung die Sachen regelmäßig als mit dem verdienten Lohn belastet erscheinen. (Die Betrachtung vom Gesichtspunkt des Satzes „Hand wahre Hand" interessiert hier weiter nicht.)

Wir haben hier eine doppelt gestaltete in rem versio, zunächst durch den Handwerker mittels Arbeit, dann an dessen Stelle durch den Geldleiher mittels Beleihung — ein Tatbestand, der dem des römischrechtlichen pignus insulae mit dem einzigen Unterschied, daß hier bewegliches Gut vorliegt, sehr nahe kommt. Über die gesetzliche Regelung der Werklohnsicherung schreibt Meibom:[2]) „Das deutsche Recht gewährte dem Gläubiger zu diesem Zweck (Sicherung) eine doppelte Befugnis. Er konnte 1. die Sachen des Schuldners dem letzteren so lange vorenthalten, bis er ihn wegen seiner Forderung befriedigte"; 2. die Sachen in Höhe der schuldigen Forderung verpfänden. Die erstere Befugnis folgt daraus, daß nach dem Recht der Stadt Bremen[3]) der Vermieter sowohl die eigenen Sachen eines bei ihm wohnenden Handwerksmannes zurückbehalten durfte als auch die diesem zur Verarbeitung übergebenen fremden Sachen, letztere jedoch nur „bis zum Belauf des Arbeitslohnes".

Des weiteren ergibt sie sich aus der oben angeführten Stelle des bayerischen Landrechts vom Jahre 1616, wo die Ausdrücke „innen behalten" (= zurückbehalten) und „pfenden" ausdrücklich

---

[1]) S. 77 a. a. O.

[2]) Vikt. v. Meibom, Das deutsche Pfandrecht. Marburg 1867, S. 306.

[3]) Siehe oben Nr. 9, Abs. 2.

auseinandergehalten sind. Dies ist um so bemerkenswerter, als das bayerische Landrecht von 1616 schon stark römischrechtlich beeinflußt war, das römische Recht aber das Zurückbehaltungsrecht nur als eines der im Pfandrecht ruhenden mehreren Befugnisse ansah. Das deutschrechtliche Retentionsrecht des Handwerkers ergibt sich als vollständig selbständiges Recht neben der Verpfändungsbefugnis; es fällt nicht mit dem gesetzlichen Pfandrecht zusammen, ist vielmehr „als enger zu begrenzendes und eigenartig gestaltetes" anzusehen.[1])

Der Handwerker durfte die Sache des Schuldners also bis zur Höhe der Forderung versetzen. Löning[2]) sieht darin eine Gleichstellung des Handwerkers mit dem Vertragspfandgläubiger. Beide waren unter Umständen „berechtigt", das in ihren Händen befindliche Gut „für den Betrag ihrer Forderung an einen Dritten zu versetzen". Diese Befugnis jedoch, wie dies Meibom[3]) tut, als einen allgemeinen Satz hinzustellen, der auf jeden Gläubiger paßt, der für eine fällige Schuld nicht befriedigt wird, geht doch nicht an; am allerwenigsten aus dem von Meibom angeführten Grunde, nämlich weil der Gläubiger auch auf die Weise zu seinem Geld kommen konnte, daß er den geschuldeten Betrag sich von einem Dritten „ohne Pfand oder gegen Verpfändung einer eigenen Sache" verzinslich entlieh, wofür dann der Schuldner aufzukommen hatte. Wozu diese Bestimmung noch hätte getroffen werden sollen, wenn dem Gläubiger das Recht des Versatzes allgemein zustand (nicht bloß dem Handwerker) ist unerklärlich. Gerade weil der Gläubiger das ersterwähnte Versatzrecht nicht hatte, mußte man ihm einigermaßen entgegenkommen. Die Maßregel ist an sich von sehr zweifelhaftem praktischen Wert und würde neben einem so brauchbaren Recht wie das des Versatzes, sofort verschwunden sein. Das Ergebnis ist vielmehr, daß die den Werkmeister betreffende Vorschrift eine singuläre war. Das Verpfändungsrecht war kein Zurückbehaltungsrecht wie schon ausgeführt. Landshoff[4]) scheint dies jedoch anzunehmen, wenn er sagt: „Der Retentionsberechtigte ist und bleibt Retentionsberechtigter" und daran ändere auch die Verpfändungsbefugnis nichts. Diese geht ja, wie wir gesehen haben, selbständig nebenher; gerade

[1]) R. G. in Strafsachen Bd. 11, S. 229 und die dort zitierte Literatur.
[2]) Löning, a. a. O. S. 411.
[3]) A. a. O. S. 308. [4]) A. a. O. S. 13.

im Falle der Verpfändung wurde die Sache auch gar nicht zurückbehalten, sondern sofort weitergegeben.

Die Pfandleihanstalt erhielt nicht nur ein Zurückbehaltungsrecht, sondern ein wahres dinglich geschütztes Pfandrecht. Das Pfandrecht des Werkmeisters ist nicht, wie Stobbe II 2, S. 337 annimmt, die Zession der Lohnforderung mit gleichzeitiger Übertragung des Zurückbehaltungsrechts. Dies wäre dann anzunehmen, wenn der Schuldner nun sofort gegen die Pfandleihanstalt einen Anspruch auf Herausgabe der Sache gegen Bezahlung der Schuld gehabt hätte. Einen solchen Anspruch hatte aber nur der Werkmeister. Und wenn das versetzte Gut im Leihhaus verfallen war, lag etwa dann noch irgend etwas vor, was einem Zurückbehaltungsrecht ähnlich gewesen wäre?

Die Befugnis des Handwerkers entspringt aus dem Pfändungsrecht, wie es Meibom im § 5, S. 190 eingehend geschildert hat. Es war eben ein Fall erlaubter Privatpfändung, der sich z. B. im bayerischen Landrecht von 1616 in ein Pfandrecht nach römischrechtlichem Muster nicht etwa in ein Zurückbehaltungsrecht nach römischrechtlichem Muster verwandelte. Für die Befugnis des Vermieters, sich an die eingebrachten Sachen des Mieters zu halten, gibt dies Meibom, S. 306, Anm. 123 zu, aber nur deshalb, weil er hier die Retentionsbefugnis begrifflich nicht aufrecht halten zu können glaubt. Gerade diese Einreihung der Vermieterbefugnis ist ein Grund auch für das Handwerkerverpfändungsrecht dasselbe anzunehmen.

Das Versatzrecht des Werkmeisters ist nicht etwa ein dem im heutigen H. G. B. bestimmten kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht ähnliches qualifiziertes Retentionsrecht; es muß beachtet werden, daß der Gläubiger im H. G. B. nicht verkaufen darf, ohne vorher durch Klage sich das Recht hiezu vom Gericht erholt zu haben. Zur Ausübung des Werkmeisterpfandrechts bedarf es einer solchen nicht. Das Wesentliche ist doch hier nicht das Besitzrecht, sondern die Belastungsbefugnis, welche praktisch an die Veräußerungsbefugnis nahe herangeht und auch tatsächlich zur Veräußerung führen kann. Bei den sonstigen Retentionsrechten (z. B. § 1003 B. G. B.), welche mit Verkaufsbefugnissen ausgestattet sind, ist die Verkaufsbefugnis der Endpunkt einer vorher vergebens geltend gemachten Zurückhaltung. Die Zurückhaltung ist notwendige Voraussetzung, das Veräußerungsrecht ausüben zu dürfen. Das ist beim Handwerkerversatzrecht nicht der Fall. Ja der Schuldner, der nicht bezahlt, ist

noch schlechter gestellt, als bei dem Verkauf durch den Pfandgläubiger in sonstigen Fällen. Hier ist der Überschuß herauszugeben, dort verfällt das ganze Gut. Jedenfalls hatte der Werkmeister, der den Pfandzettel behielt, vor dem Verfall das Recht, die Sache wieder auszulösen und so zu seinem Eigentum zu machen. Das Gegenteil wäre unbillig gewesen für den Fall, daß der Handwerker durch den Versatz nur etwa $^1/_2$ seiner Forderung für Vergütung decken konnte. Hätte er dann den Pfandzettel dem Schuldner übergeben müssen, so wäre dieser um billigen Lohn zu seinem Werk gekommen. Andererseits überstieg der Wert des Pfandes die Höhe der Forderung, so war offensichtlich der Unternehmer verpflichtet, dem Schuldner gegen Bezahlung des Lohnes den Pfandzettel herauszugeben, d. i. den Anspruch gegen die Pfandleihanstalt etc. abzutreten. Diese Pflicht muß man aus der Fürsorge für den Schuldner gegen Übervorteilung, die aus der Bestimmung über die Höchsthöhe des Versatzes spricht, entnehmen. Diese dem Schuldner gegebene Gelegenheit das Pfand „einzulösen" war schon dem ältesten Pfandrecht eigen (anbiten), bevor das Pfand verfallen konnte (Stobbe II 2, S. 306). Den Umstand, daß das Recht des Werkmeisters nur auf Versatz und nicht auf Verkauf ging, aber für die Annahme eines Retentionsrechts zu verwerten, geht um so weniger, als auch der Pfandgläubiger in sonstigen Fällen das Pfand nur versetzen, nicht veräußern soll, wie die beiden Stellen, welche auch Landshoff (S. 14, Anm. 17) anführt, ergeben. Sachsenspiegel I 70, § 2: „So sal man dat pant vor de scult utsetten oder verkopen, of man't dar vore nicht gesetten ne mach." (So soll man das Pfand für die Schuld veräußern oder verkaufen, wenn man es nicht versetzen kann.)

Schwabenspiegel 304 c: „Vnde er sol daz phant zehant versetzen, ob er mag. Vnd mag er sin nöt versetzen, so sol er ez verkovfen." (Und er soll das Pfand freihändig versetzen, wenn er kann. Kann er es aber nicht versetzen, so soll er es verkaufen.) Ebenso das Bamberger Recht § 291: „So mag der, des der zinns ist, die pfandt verkumern und versetzen zu cristen unnd zu juden mit gewissen.[1]) (Die Stelle spricht von der Pfändung wegen Leihzinses (Meibom, a. a. O. S. 243 und 244, Anm. 202).)

[1]) (So kann derjenige, dem der Leihzins zusteht, das Pfand verpfänden oder versetzen, an Christen oder Juden nach Billigkeit); verkumern (verkümern) = eigentlich belasten; dann: etwas in anderen Besitz bringen, verpfänden,

Man braucht deshalb kein stillschweigendes gesetzliches Pfandrecht im römischrechtlichen Sinne (oder Pfandsatzung im deutschrechtlichen Sinne) anzunehmen, denn ersteres kannte das alte deutsche Recht nicht.[1]) Nach altgermanischem Recht stand dem Gläubiger die Befugnis eigenmächtiger Pfändung gegen seinen Schuldner zu.[2]) Mag dies bestritten sein, so gab es doch im alten deutschen Recht das Institut der Pfandnahme ohne gerichtliche Beihilfe für gewisse Fälle (Meibom S. 22).

Die Pfändung besteht in einem Eingriff in das Vermögen des Schuldners, welcher ohne oder gegen dessen Willen vorgenommen wird. Läge ein Retentionsrecht vor, so könnte von einem Eingriff nicht die Rede sein. Nur wo sich Gegenstände des Schuldners im Gewaltbereiche des Gläubigers vorfanden, wie bei Miete, Werk- und Gastwirtsvertrag erhielt sich späterhin dieser Gedanke der Befriedigung ohne Anrufung des Gerichts. Die Verpfändungsbefugnis wäre doch ein seltsames Retentionsrecht, wenn mit keiner Silbe des Zurückbehaltungsrechts Erwähnung getan wäre, sondern nur von der Belastung gesprochen würde. Es ist auch unerklärlich, wie Stobbe einerseits das Handwerkerpfandrecht als Retentionsbefugnis auffassen (II 2, S. 337, Anm. 4 Ende), andererseits wieder das Fehlen jedes Retentionsrechts im alten deutschen Recht behaupten konnte (Meibom S. 307, Anm. 127; Stobbe, Beiträge zur Geschichte des deutschen Rechts, Braunschweig 1865, S. 61). Noch merkwürdiger erscheint es aber, wenn Stobbe selbst an anderer Stelle[3]) wieder ausspricht, daß der Handwerker das fertige Werk um den Lohn verpfänden oder veräußern dürfte, und dann wörtlich fortfährt: „Wie ein Pfandgläubiger das Pfand für seine Forderung weiter verpfänden konnte, ist das auch dem Handwerker erlaubt, welcher an dem von ihm gearbeiteten Werke ein gesetzliches Pfandrecht oder Retentionsrecht hat". Damit erkennt Stobbe an, daß in dem dem Handwerker beigelegten Recht ein Verwertungsrecht liegt. Dieser Gesichtspunkt ist auch ausschlaggebend. Retentionsrecht und Pfandrecht mögen sich in ihren Wirkungen aufs engste nahekommen, den Unterschied

---

versetzen, so Grimm, Deutsches Wörterbuch, 12. Bd., 1886; in die Gewalt, Haft eines andern geben, es sei durch Verkaufen, Versetzen oder Vertauschen, so Schmeller, Bayerisches Wörterbuch, München 1869.

[1]) Stobbe II 2, S. 307, Nr. 2.

[2]) Meibom, S. 190.

[3]) 3. Aufl., II 1, S. 261, Anm. 29.

wird stets die Beantwortung der Frage deutlich zeigen: Kann der Berechtigte das Gut zu seinen Gunsten sofort verwerten oder nicht? In den Quellenstellen — und das ist bemerkenswert — wird nicht bestimmt, daß der Handwerksmann die Sache in Höhe des Lohnes versetzen, sondern daß er sie nicht zu einem höheren Betrag als die Lohnforderung ausmachte, versetzen dürfe. Das Versetzen war demnach nichts Neues. Betont sollte nur werden, daß — was offenbar häufig vorkam — eine zu hohe Belastung verboten sei. Die Anordnung des Pfandverkaufs auf dem ausschließlichen Wege der öffentlichen Versteigerung gab es damals noch nicht und so bot immerhin der erwähnte Modus der Belehnung durch einen gewerbsmäßigen Pfandleiher oder eine öffentliche Leihanstalt noch die meisten Garantieen für Berücksichtigung der Interessen beider Parteien. Es war dies eben die normale Art, auf der damals die Pfandsachen versilbert wurden. Die Zeit vom Versatz bis zum Verfall kommt praktisch der im B. G. B. bestimmten Androhung gleich. Stobbe[1]) bezeichnet die rechtliche Konstruktion der Verpfändung wie folgt: „In dieser Verpfändung ist eine Zession des Forderungsrechts enthalten, mit welcher zugleich das dem Gläubiger zustehende Retentionsrecht übertragen wird.“ Dies ist nicht richtig. Es ist keine Zession der Forderung in der Verpfändung zu sehen, denn der Pfandleiher sollte und konnte doch den Besteller nicht etwa auf Bezahlung der Vergütung beklagen. Die Forderung geht tatsächlich nicht über; hiemit konnte auch das akzessorische unselbständige Retentionsrecht nicht übergehen. Verträge dieser Art werden heute noch häufig geschlossen. Niemand wird es einfallen anzunehmen, das Leihhaus erwerbe eine Forderung gegen den Schuldner, dessen Sache im Falle der Nichterfüllung des Vertrages versetzt werden sollte. Das Vorhandensein eines Pfandrechts wird man daraus entnehmen, daß das Leihhaus, falls die Sache durch irgendeinen Zufall an den Schuldner zurückkommt, einen dinglichen Anspruch gegen diesen auf Herausgabe hätte. Ein abgetretenes Zurückbehaltungsrecht könnte diese dingliche Wirkung nicht äußern. Bemerkt man hiezu, daß das fragliche Recht regelmäßig zur Befriedigung, nicht zur bloßen Sicherstellung führt, so dürfte kein Zweifel sein, daß wir es hier mit einem Recht zu tun haben, welches mit dem Pfandrecht identisch ist, mit dem Zurückbehaltungsrecht aber nichts zu tun hat.

[1]) A. a. O., II 2, S. 337, Anm. 4 Ende.

Auch das kann nicht zum Beweis herangezogen werden, daß der Pfandgläubiger nicht verpflichtet sondern nur berechtigt sei, sich durch Verkauf des Pfandes zu befriedigen und trotzdem solange er nicht verkauft ein dingliches Recht habe, während bei der Versatzbefugnis des Handwerkers zwar auch Befriedigungsbefugnis bestehe, weil Versatz zur damaligen Zeit die regelmäßige Versilberung des Pfandes darstellte, aber für den Fall, daß nicht verpfändet würde, kein dingliches Recht am Werk bestehe. Darin, daß dieser Punkt nicht besonders erwähnt ist, darf man keinen Beweis sehen, daß das Recht nicht vorhanden gewesen sei, denn es ergibt sich schon daraus, daß dem Handwerksmann billigerweise eine Frist gegönnt werden mußte, um für seine Werkstücke einen günstigen Pfandleiher zu finden; außerdem wäre es sinnlos dem Handwerker das Recht zu geben, eine dingliche Verfügung zu treffen, ihm aber die Voraussetzung hiezu: das Besitzrecht abzusprechen.

Der Unternehmer konnte von rechtswegen eine dingliche Belastung der Sache herbeiführen. Tat er dies nicht, so hatte er ein dingliches Recht zur Zurückbehaltung. Im Verhältnis von Unternehmer zu Pfandleiher oder Pfandleihanstalt stellt sich die verpfändete Sache, wenn sie nicht rechtzeitig eingelöst wurde, als Verfallpfand dar. Im Verhältnis von Besteller und Unternehmer war sie es somit auch, da die Beziehung zwischen Leihanstalt und Besteller nur durch den Unternehmer vermittelt wurde.

2. Die Zeit nach der Rezeption.

Einige Veränderung an diesem Rechtszustand brachte die Rezeption des römischen Rechts. In dieser Zeitperiode unterscheidet man zweckmäßig vier große Rechtsgebiete.

1. Das Gebiet, in welchem subsidiär das römische Recht gegenüber den Landesgesetzen galt, keines der Landesgesetze aber über ein umfangreicheres Territorium herrschte, so daß ihr Einfluß auf die spätere Rechtsbildung ohne Belang ist, soweit nicht römischrechtliche Grundsätze in Frage kommen.

2. Das Gebiet des Codex Maximilianeus Bavaricus civilis (1756), nach welchem zwar auch noch das römische Recht subsidiär galt, der aber immerhin einen großen Teil Deutschlands beherrschte.

3. Das Gebiet des preussischen Landrechts (1794), einer dem römischen Recht gegenüber exklusiven Gesetzgebung.

4. Das Gebiet des Code civil (1804), welcher für einen großen Teil Deutschlands, wenn auch nur für verhältnismäßig sehr kurze Zeit, galt. Auch er war dem römischen Recht gegenüber exklusiv.

Um die historische Entwicklung, die zum vorübergehenden Sieg der römischrechtlichen Ideen führte, zu zeigen, werde ich das Gebiet des Codex Max. Bav. civ. zunächst behandeln, sodann das Gebiet des gemeinen Rechts. Die Behandlung der beiden übrigen Gebiete wird ergeben, daß hier nach einer Epoche der Reaktion gegen das römische Recht, wo man mit der neuen Form auch den guten alten Kern zum Teil fortgeworfen hatte, die Idee der Sicherung der Werkmeisterforderung allmählich in selbständiger Entwicklung ausgebaut worden ist.

a) Das Rechtsgebiet des Codex Maximilianeus Bavaricus civilis.

Seit der Rezeption kleidete man die bisherige Art der Sicherung der Lohnforderung des Handwerkers in römischrechtliches Gewand. Das Verpfändungsrecht des Handwerkers verwandelte man einfach in eine stillschweigende Hypothek,[1]) ganz ähnlich dem Vermieter-Pfandrecht. So bemerkt das bayerische Landrecht von 1756 (Codex Maximilianeus Bavaricus civilis)[2]) Teil IV, Kap. 6, § 9, Ziff. 3: „Im Uebrigen siehe 3. von der stillschweigenden Hypothek des Locatoris, welche ihm sowohl um den Pachtschilling als alle anderen kontraktmäßigen Forderungen gebührt, Cod. Ind. cap. 20 § 10 n 1. 2. 3.“[3]) Die Verweisung auf den Codex Juris Bavarici Judiciarii[4]) (eine bayerische Konkurs- oder Gantordnung) hätte nun eigent-

---

[1]) Die Hypothek an Mobilien ermangelte der dinglichen Wirkung; sobald aber der Gläubiger einmal den Besitz des Pfandes verlangt hatte, stand ihm gegen jeden dritten Besitzer eine Klage auf Herausgabe zu. (Stobbe II 2, S. 117, Anm. 3.) Insofern bestand ein großer Unterschied darin, ob der Unternehmer die Sache, die er bearbeitet hatte, noch in Gewahrsam hielt oder an den Besteller herausgegeben hatte.

[2]) Codex Maximilianeus Bav. civilis oder neu verbessert und ergänzt Churbayerisches Landrecht, gedruckt bei Vötter, München 1756 (sämtliche römischen Pfandrechtsgrundsätze finden sich hier kodifiziert wieder).

[3]) Die offiziellen Anmerkungen hiezu, welche von Frhr. v. Kreittmayr verfaßt sind, verweisen ebenfalls auf dieselbe Stelle.

[4]) Im Codex J. B. Jud. v. Jahre 1753, gedruckt bei Vötter, München 1753, wimmelt es geradezu von gesetzlichen Pfandrechten, General- und Spezialhypotheken und Vorzugsrechten.

lich keinen Sinn, wenn die dort für den Fall des Konkurses getroffene Bestimmung nicht in das Zivilrecht außerhalb des Konkurses herübergenommen hätte werden sollen.

Im Kap. 20, § 10 des Codex Jur. Bav. Jud. ist des Werkmeisterpfandrechts neben sechs anderen „zur 8. Klasse gehörend stillschweigenden Pfandschaften" an dritter Stelle mit folgenden Worten Erwähnung getan:

„3tio (ist) dem Handwerks-Mann das Gut, woran er Hand angelegt hat, um seinen gebührenden Lohn (stillschweigend verpfändet)."

Die Geltung des Handwerkerpfandrechts außerhalb des Konkurses müßte auch schon daraus entnommen werden, daß das Pfandrecht des Vermieters genau in der gleichen Weise gesetzlich festgelegt war, nämlich einfach durch eine Verweisung im Zivilrecht auf die Konkursordnung. Über die Geltung des Vermieter-Pfandrechts bestand aber niemals der geringste Zweifel. Die „stillschweigende Hypothek" des Vermieters wurde erst durch das bayerische Hypothekengesetz vom 1. Juni 1822 aufgehoben.[1]) Der berufenste Kommentator der beiden Codices, nämlich ihr Verfasser selbst, Freiherr von Kreittmayr führt dazu in seinen „Anmerkungen"[2]) aus: „d. (3tio dem Handwerks-Mann) Bayer. Land-R. T. 32 art. I und Gand-Proc. T. 2 art. 24 und wann das Gut durch sein Arbeit gebessert oder erhalten wird, so gehört er gar in die vierte Stelle . . . . . De iure communi raumen zwar auch viele Authores denen Handwercks-Leuten um ihren gebührenden Lohn ein stillschweigende Hypothek ein, allein sie vermischen das jus Retentionis mit dem Jure Hypothecae, jenes gebührt ihnen unstrittig, aber dieses nicht."

Der erste Halbsatz handelt vom Handwerker-Pfandrecht an der Sache des Bestellers, der zweite Halbsatz vom Verwendungsanspruch. Beide Fragen sind unbestritten. Der zweite Satz spricht vom Lohnarbeiter-Pfandrecht aus der locatio conductio operarum (Dienstvertrag). Bei der Bedeutung, welche den Anmerkungen tatsächlich[3]) zukam, ist kein Zweifel, daß das letztere in der Praxis nie anerkannt wurde.

---

[1]) Danzer, Das bayerische Landrecht vom Jahre 1756 in seiner heutigen Geltung. München 1894, S. 249 Anm. zu § 9, Ziff. 3.

[2]) Anmerkungen über den Codicen Juris Bav. Jud. Gedruckt bei Vötter. München 1754, S. 272.

[3]) Den Gesetzbüchern für den Gerichtsgebrauch wurden die „Anmerkungen" gleich gebunden.

Das Werkmeister-Pfandrecht in dieser Form fristete nur ein kurzes Leben. Das bayerische Hypothekengesetz vom 1. Juni 1822 hob die sämtlichen Hypotheken an beweglichen Sachen auf. So stark war plötzlich die Reaktion gegen die Mängel des römisch-rechtlichen Pfandsystems mit seinen zahlreichen General- und Spezial-Pfandrechten und den Hypotkeken geworden, daß man nicht einmal die alte Idee der Werkmeisterlohn-Sicherung in eine neue Form brachte. Man beseitigte sogar das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters.

Entsprechend der schon erwähnten deutschrechtlichen Auffassung, daß das Zurückbehaltungsrecht nicht nur als eine Funktion des Pfandrechts, sondern als selbständiges Recht neben dem Pfandrecht zu betrachten sei, wurde im Hinweis auf die bayerischen Quellen, welche diese Ansicht stützten und neben dem Pfandrecht das Zurückbehaltungsrecht gesondert als Recht erwähnten, das Zurückbehaltungsrecht als fortbestehend angenommen. Dieses Recht konnte naturgemäß weder durch das bayerische Hypothekengesetz vom 1. Juni 1822 noch durch die bayerische Prioritätsordnung vom selben Tage, die sich beide nur mit den Pfandrechten beschäftigten, berührt werden.

Es würde zu weit führen und hieße nur bereits Angeführtes wiederholen, würden die für das Fortbestehen des Zurückbehaltungsrechts des Vermieters sprechenden Gründe, wie sie in Bd. 11, S. 226 der Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen ausgeführt sind, hier im einzelnen besprochen werden.

Es bestand also bezüglich des Werkmeister-Pfandrechts in der Zeit von 1822 bis 1879 nur ein Retentionsrecht, welches jedoch im Konkurse keine Berücksichtigung fand. Dieser Rechtszustand änderte sich, als die Reichskonkursordnung (in der alten Fassung) in § 41, Ziff. 6 das Absonderungsrecht des Künstlers, Handwerkers etc. festlegte. Im Anschluß hieran bestimmte das Bayerische Ausführungsgesetz zur Z. P. O. u. K. O. vom 23. Februar 1879[1]) in Art. 140: „Die in § 41, Ziff. 2—7 der Konkursordnung aufgeführten Gläubiger können in Ansehung der dort bezeichneten Ansprüche aus den dort bezeichneten Sachen vorzugsweise Befriedigung vor den Gläubigern verlangen, welche nach Begründung des Vorzugsrechts durch Pfändung ein Pfandrecht erlangt haben."

[1]) Augsburg 1879.

Analog dem durch die Reichsgesetzgebung festgelegten Absonderungsrecht des Werkmeisters für den Konkursfall wurde durch den Art. 140 ein Vorzugsrecht des Werkmeisters außerhalb des Konkurses gegeben. Wichtig ist aber, daß dieses Vorzugsrecht nur im Verhältnis zu anderen Gläubigern, nicht im Verhältnis zum Schuldner irgendwelche Wirkung äußern konnte. Immerhin bedeutete es in der Praxis eine wesentliche Besserstellung des Werkmeisters.

Der Rechtszustand vom Jahre 1822 ab war also der: Im Konkurse bestand ein Absonderungsrecht, wie es den vertragsmäßigen Pfandrechten zukam; außerhalb des Konkurses

a) gegenüber den Gläubigern ein dingliches Zurückbehaltungsrecht auf Grund des Art. 140 bayer. A. G. zur Z. P. O. u. K. O.
b) gegenüber dem Schuldner ein obligatorisches Zurückbehaltungsrecht (welches aber bei Verlust der Sache unwirksam wurde) auf Grund des bayerischen Landrechts vom Jahre 1756 Teil IV, Kap. 6, § 9, Ziff. 3 in Verbindung mit bayer. Gantprozeß vom Jahre 1616, Teil 2, Art. 24 und Anmerkungen von Kreittmayr zur bayerischen Gerichtsordnung vom Jahre 1753 (Kap. 20, § 10 b am Ende).

b) Das Rechtsgebiet der kleineren Territorien mit gemeinsamer subsidiärer Geltung des gemeinen Rechts.

Die originellen partikularrechtlichen Rechtsbildungen interessieren hierher nicht, da sie sich wegen der territorialen Beschränktheit ihrer Geltung keines Einflusses auf die spätere Ausbildung des Rechtsgedankens erfreuen durften. Es ist deshalb auch falsch, was Landshoff in seiner Schrift: „Das Pfandrecht des Unternehmers beim Werkvertrag“ behauptet, das Hamburger Statut von 1270[1]) sei ebenso wie die hamburgische Fallitenordnung vom 31. August 1753 „für die Fassung des § 41, Nr. 6 der K. O. vom 10. Februar 1877“ „mitbestimmend“ gewesen, denn der Gedanke des Hamburger Statuts ist kein ihm eigentümlicher, sondern ein in zahlreichen Partikularrechten geltender.

Daß die Hamburgische Fallitenordnung[2]) auf bewegliche Sachen anwendbar sei, ist nicht zutreffend. Das ergibt die am Schlusse erfolgte Aufzählung der zur Sicherheit dienenden Sachen, indem es

[1]) Wörtlich bei Landshoff a. a. O. unten angeführt.
[2]) Die fragliche Stelle ist abgedruckt bei Landshoff a. a. O., S. 15.

sich hier lediglich um die Sicherung von Bauforderungen handelt. Auch ist die Bestimmung des § 41, Nr. 6 der K. O. das getreue Abbild des § 33, Nr. 9 der preuss. K. O. Die Motive[1]) erörtern diese Bestimmung der Fallitenordnung überhaupt nicht, sie führen lediglich den Art. 70, Nr. 1 dieses Gesetzes an, ohne daraus etwas zu entnehmen, wie ja auch die Motive des B. G. B. bei vielen Paragraphen längst überholte, entgegengesetzte und ähnliche Bestimmungen anführen, nur um die Arten der möglichen Lösung der betreffenden Rechtsfrage zu zeigen. Das Mittel zum Schutze der Werkmeisterforderung im gemeinen Recht war lediglich die exceptio doli, das Zurückbehaltungsrecht, welches aber im Konkurs ausgeschlossen war.

Das Interessante dieses großen Rechtsgebietes ist der Schutz der Werkmeisterforderung im subsidiären gemeinen Recht. Sie hatte, wie auch das römische Recht, als alleiniges Mittel die exceptio doli, die sich praktisch in der Zurückbehaltungsbefugnis, im Rahmen des Werkvertrages auf Grund der exceptio non adimpleti contractus äußerte. Das Nähere ist bereits oben ausgeführt. Das ius retentionis wurde jedoch für den Fall des Konkurses nicht gewährt.[2]) Der Weg zur Befriedigung außerhalb des Konkurses war der: Der Unternehmer hielt die Sache zurück, klagte und ließ nach Erteilung eines vollstreckbaren Titels die Sachen bei sich pfänden. Die Umständlichkeit dieses Verfahrens dem heutigen gegenüber liegt auf der Hand. Im Falle des Konkurses wurde er so behandelt, als wenn er überhaupt kein Retentionsrecht hätte.

c) Das Rechtsgebiet des preußischen Landrechts.

Das preußische Landrecht gewährte dem Werkmeister kein besonderes, sondern nur das aus konnexer Gegenforderung, speziell wegen Verwendungen, und aus dem Gedanken der exceptio non adimpleti contractus sich ergebende Zurückbehaltungsrecht. Eine Befugnis, wie sie das Pfandrecht gab, sich aus der Sache zu befriedigen, fehlte. Nur insofern war der Werkmeister besser gestellt, als im gemeinen Recht, als die Zulässigkeit des Zurückbehaltungsrechts auch im Konkurse anerkannt war. Teil 1, Titel 11, § 974 d. A. L. G. bestimmte:

---

[1]) Hahn, Materialien zur Konkursordnung. Berlin 1881, S. 206.

[2]) Glück, Erläuterungen zu den Pandekten; über die Frage: Ist das Retentionsrecht des Pfandgläubigers auch im Konkurse des Gl. von Wirkung? Bd. 15, S. 132.

„Entsteht aber vor der Übergabe Konkurs über das Vermögen des Bestellers, so kann der Werkmeister wegen seiner Arbeit und Auslagen des Zurückbehaltungsrechtes auf das noch in seiner Gewahrsam befindliche Werk sich bedienen."

Nach preußischem Recht bedeutete das eine Begünstigung, da gemäß Teil 1, Titel 20, § 566 das Retentionsrecht, welches dem Gläubiger wegen seiner Forderung zustand, durch die Konkurseröffnung erlöschen sollte. Die an die Stelle von Koch[1]) und Löfßl[2]) geknüpfte Bemerkung, daß diese Norm nichts Neues enthalte, da der angeführte Tatbestand juristisch dem vollständig gleichstehe, wo der Verkäufer noch nicht übergeben habe, übersieht, daß der Verkäufer eine eigene Sache zurückhält, der Werkmeister dagegen eine fremde. Die Sache des Werkmeisters müßte eigentlich zur Masse herausgegeben werden, während die Sache des Verkäufers vor der Übergabe in dessen Eigentum steht, also nicht zur Masse herausverlangt werden kann.

Daß der Ausgangspunkt zu der Rechtsanschauung, der Werkmeister sei hinsichtlich seiner Leistungen einer besonderen Sicherung würdig und bedürftig, im preußischen Recht gerade der Konkursfall war, ist leicht erklärlich, wenn man bedenkt, daß es sich gerade im Konkurs am drastischsten zeigte, wie ungerecht es war, daß der Werkmeister sein mit Mühe und Kosten gefertigtes Werk in die Konkursmasse legen mußte, um als Gegenwert wenig oder nichts zu erhalten.

Das Konkursverfahren war auch weiterhin das Gebiet, auf dem sich das Recht des Werkmeisters mehr und mehr entwickelte. Die preußische Konkursordnung vom 8. Mai 1855 verwandelte das Zurückbehaltungsrecht in ein Absonderungsrecht, indem es in § 33, Ziff. 9 bestimmte:

„Mit den Faustpfandgläubigern haben gleiche Rechte:

9. Werkmeister, Handwerker und Arbeiter wegen ihrer Forderungen für Arbeit und Auslagen, in Ansehung der von ihnen gefertigten oder ausgebesserten und noch in ihrer Gewahrsam befindlichen Sachen."

---

[1]) Koch, Kommentar zum Allg. L. R. für die preußischen Staaten, 8. Aufl. Berlin und Leipzig 1884, S. 976.

[2]) Löfßl, S. 100.

Hiedurch wurde zunächst der Kreis der geschützten Personen erweitert; nicht nur die Meister im Gegensatz zu denen, welchen dieser Titel nicht zukam,[1]) waren die Begünstigten, sondern alle, welche im Rahmen des Handwerks gearbeitet hatten.

Nicht minder wichtig war die Umwandlung des Zurückbehaltungsrechts in ein Absonderungsrecht. Vorher konnte er die Sache zwar zurückbehalten,[2]) sich aber ohne besonderen vollstreckbaren Titel nicht aus ihr befriedigen, und wenn er aus irgendeinem Grunde den Besitz verlor, so mußte mit dem bürgerlich rechtlichen Zurückbehaltungsrecht auch das konkursrechtliche Absonderungsrecht entfallen. Nunmehr konnte sich der Werkmeister etc. ohne Klage wie aus einem Pfande befriedigen. Mit diesem unmittelbaren Verwertungsrecht verband sich die dingliche Sicherung. Diese für den Konkursfall zweckmäßige Regelung behielt die Reichskonkursordnung vom 10. Februar 1877 bei, wie aus § 41 ersichtlich.

„Den Faustpfandgläubigern stehen gleich:

6. Künstler, Werkmeister, Handwerker und Arbeiter wegen ihrer Forderungen für Arbeit und Auslagen in Ansehung der von ihnen gefertigten oder ausgebesserten, noch in ihrem Gewahrsam befindlichen Sachen.“[3])

Dieser für den Fall des Konkurses befriedigenden Regelung des Schutzes des Unternehmers entsprach nicht der Rechtszustand außerhalb des Konkurses. Hier Abhilfe zu gewähren, fiel der Landesgesetzgebung zu. Demgemäß ordnete das preußische Ausführungsgesetz zur K. O. vom 6. März 1879 in § 7 an, daß die Vorschriften des § 41 K. O. auch außerhalb des Konkurses entsprechende Anwendung finden sollten, aber nur auf das Verhältnis der durch diese Vorschriften den Faustpfandgläubigern gleichgestellten Gläubiger zu anderen Gläubigern. Der Unternehmer hatte also demnach außerhalb des Konkurses dieselbe Stellung gegenüber den Gläubigern des

---

[1]) A. L. R. I, 11 § 920.

[2]) Das Zurückbehaltungsrecht war kein dingliches. „Der Inhaber retiniert, weil die Abforderung der Sache dolos ist.“ (C. Hahn, Die gesamten Materialien zur K. O. und dem E. G. vom 10. Februar 1877. Berlin 1898.)

[3]) Bemerkenswert ist, daß man die Künstler in den Kreis der geschützten Personen einbezog; damit wurde die Streitfrage erledigt, ob nur handwerksmäßige Arbeiten oder auch solche, welche dem Gebiet des Handwerks nicht angehörten, geschützt werden sollten.

Schuldners wie ein Faustpfandgläubiger; er konnte die Sache nicht nur zurückbehalten, sondern konnte sie auch bei unfreiwilligem Besitzverlust von jedem Gläubiger des Bestellers herausverlangen, so daß sein Recht ihm von anderen Gläubigern desselben Bestellers nicht beeinträchtigt werden konnte. Aber sein Recht gegenüber dem Besteller änderte sich durch diese Bestimmung nicht. Diesem gegenüber hatte er immer noch keinen anderen Schutz als durch ein Zurückbehaltungsrecht obligatorischer Natur, die exceptio non adimpleti contractus. Die Sache haftete dem Unternehmer nicht für seine Forderung.

d. Das Rechtsgebiet des code civil.

Im Verhältnisse zu allen Gesetzgebungen seiner Zeit ging der code civil im Schutz der im rem versio am energischsten vor. Gab er doch im Art. 2102, Nr. 4[1]) sogar dem Verkäufer ein privilegiertes Pfandrecht an den verkauften Sachen, wenn sie der Schuldner noch im Besitze hatte, und zwar gleichviel, ob dem Schuldner zur Bezahlung eine Frist gegeben war oder nicht.

Um so mehr mußte er dem Gedanken Ausdruck geben, daß die in dem Wertzuwachs einer Sache verwirklichte Arbeitsleistung ein privilegiertes Anrecht auf die betreffende Sache gebe. Er bestimmte demgemäß auch in § 2: „Des Priviléges sur certains meubles Art. 2102. Les créances privilégiées sur certains meubles sont: 3° Les frais faits pour la conversation de la chose".

Hienach konnte derjenige, der zur Erhaltung einer Sache etwas aufgewendet hatte, die Sache nicht nur zurückbehalten, sondern sich wie ein Pfandgläubiger daraus befriedigen, insbesondere stand ihm auch das Recht zu, die Herausgabe der Sache wie ein Pfandgläubiger zu verlangen. Weshalb dieser Schutz auf einen so kleinen Kreis von Werkarbeiten beschränkt blieb ist unverständlich. Bei einer Tätigkeit, die sich auf ein Herstellen, auf ein schöpferisches Hervorbringen einer neuen Sache aus einem Stoff bezog, hatte der Unternehmer nur ein Zurückbehaltungsrecht auf Grund der exceptio non adimpleti contractus, die sich aus dem Art. 1135 des code civil ergibt.

---

[1]) Code Napoléon, herausgegeben von Erhardt, Daniels, etc. Darmstadt und Gießen 1809, 2. Bd.

3. Das Bürgerliche Gesetzbuch.

Als man daran ging für das Deutsche Reich ein einheitliches bürgerliches Gesetzbuch zu schaffen, war der Geltungsbereich des code civil auf einen verhältnismäßig kleinen Teil von Deutschland beschränkt. Das größte Gebiet beherrschte das preußische Landrecht, ihm folgte das gemeine Recht, welches in allen Teilen Deutschlands subsidiär galt, wo nicht das preußische Landrecht, der code civil, das badische Landrecht von 1809, oder das sächsische bürgerliche Gesetzbuch von 1863 als Landesgesetz eingeführt war.

Wir haben gesehen, wie die Reichsgesetzgebung den Gedanken der Sicherung der Werkmeisterforderung nach dem Beispiel der preuß. K. O. in das Reichsrecht (K. O. § 41 Nr. 6) eingeführt hat. Dies bildete den Ausgangspunkt. Mit sicherer Hand beseitigte schon der erste Entwurf den unklaren Rechtszustand mit dem Retentionsrecht persönlicher Natur gegenüber dem Schuldner und dem Faustpfandrecht gegenüber den anderen Gläubigern des Schuldners und verallgemeinerte das dingliche Sicherungsrecht über den Fall des Konkurses hinaus. Ihm folgte der II. Entwurf im wesentlichen wie aus folgendem ersichtlich:[1])

Entw. I § 574.	Entw. II § 583 Abs. 1.
Der Übernehmer hat wegen seiner Forderungen für Arbeit und Auslagen ein gesetzliches Pfandrecht an den von ihm gefertigten oder ausgebesserten noch in seiner Innehabung befindlichen beweglichen Sachen des Bestellers.	Der Unternehmer hat für seine Forderungen aus dem Vertrage ein Pfandrecht an den von ihm hergestellten oder ausgebesserten beweglichen Sachen des Bestellers, sofern (wenn)[2]) sie bei der Herstellung oder zum Zweck der Ausbesserung in seinen Besitz gelangt sind.

Der Entwurf II erweiterte den Kreis der geschützten Forderungen auf alle Forderungen aus dem Vertrage. Damit wurde die alte Streitfrage beseitigt, ob zu den Forderungen „Für Arbeit und Auslagen“ auch eventuelle Entschädigungsforderungen etc. ge-

[1]) Die gesamten Materialien zum B. G. B. Herausgegeben von Mugdan, 2. Bd. Berlin 1899.

[2]) Endgültiger Gesetzestext.

hörten.[1]) Dies war ein weiterer wichtiger Schritt, der zur Vereinfachung und Klarheit der Vorschrift ebenso beitrug, wie zur Verstärkung des dem Unternehmer gewährten Rechtsschutzes.

Die Gründe zur Einräumung eines gesetzlichen Pfandrechts lagen auf der Hand: erfahrungsgemäß erhebliche Benachteiligungen des Unternehmer, die bewährte Vorschrift der R. K. O. in § 41 Nr. 6 und die Vorbilder des alten Deutschen Rechts, welche sich teilweise verstümmelt bis in die Neuzeit herein erhalten hatten; ferner die Notwendigkeit, das bürgerliche Recht mit dem Konkursrecht in Einklang zu bringen. Dazu kam noch, daß es sich hier um den Schutz der ehrlichen Arbeit handelt, die mit dem Wohlergehen und teilweise der Existenz einer gewaltigen Masse wirtschaftlich bedrängter Mitbürger eng verbunden ist. Der Gedanke der Begünstigung der versio in rem spielte dabei eine wesentliche Rolle, wenn man ihm auch nicht sklavisch folgte. Mit Rücksicht auf andere Prinzipien wie die Erkennbarkeit des Pfandrechts ließ man ihn bei der durch Besitzdiener erfolgten versio in rem unberücksichtigt. Andererseits ging man darüber hinaus, indem man das Pfandrecht nicht nur für die Wertbesserung oder gar nur für den noch vorhandenen Nutzen, sondern für alle Vertragsforderungen gewährte. Die pfandrechtlichen Prinzipien der Erkennbarkeit und Spezialität wurden dagegen endlich gewahrt und es dürfte der Verkehr daraus einen zweifellosen Gewinn gezogen haben. Manchen freilich geht der Schutz des Werklohns noch bei weitem nicht weit genug. Lotmar[2]) beklagt die Kreditgefahr des Arbeitnehmers und empfiehlt die zwangsweise Erlegung einer Kaution seitens des Arbeitgebers für die Erfüllung seiner Vergütungspflicht. Diese wäre die einzige denkbare Möglichkeit, de lege ferenda den Lohn der Arbeiter aus dem Dienstvertrag zu sichern. Eine pfandrechtliche Sicherung der Forderungen aus dem Dienstvertrag wäre in der Praxis absolut undurchführbar. Eine Anwendung des Gedankens der Begünstigung der versio in rem auf dem Gebiet des Dienstvertrags kann bei der heutigen Art der Arbeitsteilung überhaupt ernstlich nicht erwogen werden. Sie würde auch bei dem raschen Wechsel von Hand zu Hand, dem die Sache während des Produktionsprozesses naturgemäß ausgesetzt ist, mit dem Prinzip der Erkennbarkeit des Pfandrechts nicht zu vereinen sein.

---

[1]) Sarwey, Die K. O. für das Deutsche Reich vom 10. Februar 1877, 3. Aufl., Berlin 1896, S. 435 und Willenbücher, Die R. K. O., Berlin 1896, S. 110.

[2]) Bd. I, S. 386.

Die Sicherstellung des Unternehmers aus dem Werkvertrag erschien genügend. Eine Ausdehnung auf die Fälle, wo der Unternehmer aus eigenem Stoffe Sachen herstellt, schien nicht angebracht, weil der Unternehmer ja das Eigentum an dieser Sache bis zur Übergabe behielt, also keines Pfandrechts bedurfte. Eine anderweitige Sicherstellung war aber mit Rücksicht auf die Vorschriften des Kaufs nicht angängig und es fehlte hiezu auch jedes Bedürfnis, da es nicht die Aufgabe des Gesetzgebers sein kann, die geschäftsfähigen Personen vor Umständen zu schützen, denen sie selbst bei einiger Aufmerksamkeit aus dem Wege gehen können.

Das B. G. B. bestimmte deshalb in § 651 (Werklieferungsvertrag) ausdrücklich, daß die Vorschrift des § 647 dann keine Anwendung finde, wenn der Unternehmer sich verpflichte, das Werk aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe herzustellen. In solchen Fällen steht dem Unternehmer das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 zu, das überhaupt neben dem gesetzlichen Pfandrecht des § 647 unberührt weiterbesteht und hauptsächlich für die Fälle von Wichtigkeit ist, wo die Voraussetzungen des gesetzlichen Pfandrechts fehlen.

Für den Fall des Konkurses des Bestellers ist der Unternehmer, vorausgesetzt, daß ihm nach § 647 für seine Forderung aus dem Werkvertrag das gesetzliche Pfandrecht an den Sachen des Bestellers zusteht, berechtigt, wegen seiner Forderungen gemäß der §§ 49 Ziff. 2, 48 K. O. in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898 aus den fraglichen Gegenständen des Bestellers abgesonderte Befriedigung zu verlangen.

B. Die gesicherten Forderungen.

Das B. G. B. bestimmt, daß der Unternehmer „für seine Forderungen aus dem Vertrage“ das Pfandrecht haben soll. Das bedeutet nicht „für alle Forderungen aus jedem Werkvertrag“, sondern „für alle Forderungen, wie sie das dem § 647 entsprechende Werkvertragsverhältnis ergibt“. Es ist deshalb eine müßige Frage, die Landshoff, S. 73 aufwirft, ob sich die Forderungen „gerade auf ein Herstellen oder Verändern beziehen müssen oder nicht“. Denn, wie schon die Wortstellung ergibt, gehört „hergestellt und ausgebessert“ als Eigenschaftswort zu „Sachen“; deren Kreis wird also beschränkt, nicht der Kreis der Forderungen. Die Forderungen bleiben – wenn

überhaupt — alle durch das Pfandrecht geschützt, vorausgesetzt, daß der Werkvertrag ein so eng begrenzter ist, wie es die Schlußworte des § 647 verlangen.

Der Werkvertrag aber, welcher die im § 647 geforderte Konnexität zur Besitzerlangung und Werktätigkeit des Unternehmers aufweist, und ferner eine dem § 647 entsprechende rechtliche qualifizierte Pfandsache betrifft, sichert grundsätzlich auch Forderungen, welche sich nicht gerade auf eine herstellende oder ausbessernde Tätigkeit beziehen oder mit anderen Worten: das Pfandrecht sichert auch Forderungen, welche sich nicht auf eine in rem versio beziehen. Dies wird an einem Beispiel klar werden. Ich setze den Fall, es erwirbt jemand eine Bibliothek und überträgt deren Instandsetzung einem Buchhändler. Dieser soll die Bücher ordnen, registrieren und beschädigte Bücher ausbessern. Frage: Hat der Buchhändler auch für seine Forderung für Ordnen und Registrieren der Bücher ein Pfandrecht an den neugebundenen Büchern? Die Frage ist gelöst, sobald man sich darüber klar ist, ob der hier vorliegende Werkvertrag ein einheitlicher ist, oder ob etwa zwei selbständige Werkverträge vorliegen, einer auf Ordnen und Registrieren, einer auf Bücherbinden. Nimmt man an, daß die Arbeit in Bausch und Bogen vergeben ist, wobei dann die Vergütung als Pauschale bezahlt wird und nicht für jede einzelne Tätigkeit eine besondere Vergütung ausgeworfen ist, so liegt ein einheitlicher Werkvertrag vor. Es wäre an sich schon in der Praxis sehr schwierig festzustellen, wieviel auf Arbeit träfe, die sich mit Herstellen und Ausbessern befaßte und wieviel auf andere Arbeit. Die Vergütungsforderung sowie eventuell jede andere Forderung des Unternehmers aus diesem einen Werkvertrag findet ein Pfandrecht an den ausgebesserten Büchern. Kommt man aber zu dem Ergebnis, daß zwei selbständige Werkverträge vorliegen, so ist es selbstverständlich, daß nicht die Forderungen aus dem einen Werkvertrage Sicherung in den Objekten eines zufälligerweise bestehenden zweiten Werkvertrages finden können. Man sieht, die Frage, ob eine Forderung Sicherung finden kann, hat gar nichts mit der anderen Frage zu tun, ob sie aus einer Arbeit entstanden ist, die in Ausbessern oder Herstellen bestanden hat. Würde sich dagegen der oben erwähnte Werkvertrag auch noch darauf beziehen, daß der Buchhändler die zur Aufstellung der Bibliothek nötigen Schränke und Regale beschaffen solle, so ist diese Forderung nicht pfandrechtlich gesichert, denn sie geht aus einem

Werklieferungsvertrag hervor und — was die Hauptsache ist — sie stellt sich nach der Verkehrsauffassung nicht als eine Nebenleistung im Verhältnis zum ganzen Vertrag dar.[1])

Geht man den einzelnen Bestimmungen des Werkvertrages nach, so findet sich zunächst im § 631 der Anspruch des Unternehmers auf Vergütung. Da die Vergütung gemäß § 641 bei der Abnahme des Werkes zu entrichten ist, so kann der Unternehmer das Werk in Ausübung seines Pfandrechts bis zur Zug um Zugleistung der Vergütung zurückhalten. Es besteht kein Zweifel, daß unter Abnahme bei körperlichen Sachen nicht nur „Annahme als Erfüllung",[2]) sondern auch körperliches Entgegennehmen verstanden werden muß, da nach § 646 B. G. B. der Fall eintreten kann, daß „nach Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist". Dieser letztere Passus wäre überflüssig, wenn die Abnahme = Annahme als Erfüllung wäre, da letztere bei körperlichen und unkörperlichen Werken möglich ist. Trotzdem sind auch bei beweglichen Sachen Fälle denkbar, bei denen die Abnahme nicht Übernahme sein muß. So kann vereinbart werden, daß für die Fertigung einer körperlichen Sache z. B. das Knüpfen eines Teppichs jeweils nach bestimmter Zeit nach vorausgegangener Prüfung der Lohn zu entrichten ist. Hier liegt zweifellos Abnahme in Teilen vor,[3]) ohne daß Übernahme stattfindet. Hier entsteht nun die Frage, ob für die noch restige letzte Rate der Vergütung ein Pfandrecht an dem ganzen Teppich geltend gemacht werden kann. Die Frage ist zu bejahen, denn das Pfandrecht kann nicht in dieser Weise ausgeübt werden, daß es sich nur auf den noch ungebilligten und nicht abgenommenen Teil allein bezöge, d. h. die Restforderung wird durch das ganze Werk gesichert. Abgenommene Teile eines Werkes, die noch nicht übergeben sind, haften also für die Erfüllung von Vertragsforderungen, die sich auf andere Teile beziehen, obwohl bezüglich der abgenommenen Teile der Besteller seinen Pflichten schon genügt hat, der Vertrag also insoweit von beiden Teilen erfüllt ist.

Anders liegt die Sache, wenn die abgenommenen Teile selbstständig sind, so daß sofort Übergabe beziehungsweise Übernahme stattfinden kann. Daß das Pfandrecht an ihnen erlischt, ist klar

[1]) So auch für das Vermieterpfandrecht Enneccerus I 2, S. 412, Anm. 6 mit Literatur-Angaben.

[2]) Prot. II 317.

[3]) Für den Verlust der Mängelrüge wird dies niemand bezweifeln.

schon aus dem einen Gesichtspunkt, weil das Pfandrecht an Sachen überhaupt erlischt, die mit Wissen und Willen in den Besitz des Pfandeigentümers zurückkommen (B. G. B. § 1253). Die Sicherung der Forderung beschränkt sich auf den noch restigen, nicht abgenommenen und nicht übergebenen Teil, oder umgekehrt ausgedrückt, der restige Werkteil haftet für Forderungen auch aus anderen Werkteilen, die schon abgenommen sind.

Landshoff[1]) ist nun der Ansicht, in diesem Fall hafte der Rest nicht für alle Forderungen, die sich noch aus dem bereits abgenommenen Teil des Werkvertrages ergeben könnten, sondern nur für solche, die sich gerade auf den noch nicht abgenommenen Teil beziehen. Dem ist nicht beizupflichten. Der Irrtum rührt daher, daß angenommen wird, mit der Abnahme und Bezahlung der Vergütung sei der Vertrag vollständig erfüllt, so daß bezüglich eines solchen Teiles kein kontraktliches Verhältnis mehr bestehe. Die Unrichtigkeit ergibt sich aus der einfachen Tatsache, daß ja gerade noch Forderungen aus diesen Teilen geltend gemacht werden, für die Sicherung in dem noch vorhandenen Teile gesucht wird. Wo man noch vertragliche Forderungen anerkennt, kann man nicht das Weiterbestehen eines Vertrages leugnen. Daß man aber wegen der Abnahme in Teilen selbständige Verträge annehmen müßte, ist völlig ausgeschlossen.

Der von Landshoff[2]) des ferneren angeführte Grund, sein Resultat ergebe sich aus dem Gedanken der Begünstigung der in rem versio, ist ebenfalls verfehlt. Daß in einem einheitlichen Werkvertrag auch Forderungen, welche sich nicht gerade aus der Arbeit für Herstellung oder Ausbesserung der als Pfand dienenden Sache, durch das Pfandrecht an dieser Sache gesichert sind, mußte er selbst[3]) zugeben. Es geht nicht an, einen anerkannt einheitlichen Vertrag in 2 Gruppen zu zerreißen, von denen die eine die Forderungen je mit der entsprechenden in rem versio, die andere die Forderungen ohne solche umfaßt. Dies würde zu einer Verwischung der Begriffe Pfandrecht und Pfandsache führen. In diesem Zusammenhang ist auch der von Landshoff[4]) aufgestellte Satz: „hat er eine Sache einmal weggegeben, ohne das Pfandrecht an ihr geltend zu machen, so ist damit das ihm zustehende Recht verloren“ unrichtig. Es müßte heißen: „Hat er eine Sache einmal weggegeben, ohne das

[1]) S. 75. [2]) S. 76. [3]) S. 73 unten. [4]) S. 76 oben.

Pfandrecht an ihr geltend zu machen, so ist damit das ihm an der Sache zustehende Recht verloren." Das Pfandrecht aus dem Werkvertrag hat er aber damit nicht verloren. Bieten sich andere Objekte für das Pfandrecht, so geht es auf diese über. Darum liegt auch nicht ein Parallelfall in dem bei Dernburg[1]) angeführten Beispiel, sondern ein Gegenstück. Dort Pfandrecht, aber kein Objekt, hier kein Pfandrecht, aber ein brauchbares Objekt. Der Fall gehörte unter das Kapitel Entstehung, da er zeigen soll, wie die Existenz des Pfandrechts durch den Zweck des Besitzes bedingt ist.

An die Vergütungsforderung schließt sich an die Forderung für Zins, wenn die Vergütung bei der Abnahme nicht bezahlt wird. (Es kann für das Pfandrecht nur Teilabnahme in Betracht kommen, da ja bei der Vollabnahme kein Objekt mehr für das Pfandrecht übrig bleibt (§ 641, Abs. 2).

Das B. G. B. bestimmt nichts darüber, wer für Arbeitsplatz, Stoff, Werkzeug etc. sorgen muß. Aus den Umständen des Vertrages wird man in der Regel einen Anhaltspunkt gewinnen.[2]) Hat der Unternehmer dieses Hilfsmittel zu beschaffen, so ist damit noch nicht gesagt, daß er die Ausgaben hiefür nicht ersetzt erhält. § 670 B. G. B. bestimmt, daß bei einem Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, der Besteller zum Ersatz von Aufwendungen, die der Unternehmer den Umständen nach für erforderlich halten dürfte, verpflichtet ist. Für den reinen Werkvertrag gilt dies nicht, hier muß besonders geprüft werden, ob die Auslagen bei Berechnung der Vergütung in Ansatz kommen sollten oder nicht. Eventuell entscheidet die Verkehrssitte. Sind die Auslagen getrennt von der Vergütung zu bezahlen, oder sind sie in der Vergütung enthalten, so hat der Unternehmer auch hiefür ein Pfandrecht.

Der Unternehmer kann nach § 640 B. G. B. fordern, daß der Besteller das vertragsmäßig hergestellte Werk abnehme. Kommt der Besteller mit der Abnahme in Verzug, so kann der Unternehmer Ersatz der Mehraufwendungen verlangen, die er für das erfolglose

[1]) Bürgl. R. II 2, S. 507: Ist eine Sache, welche der Unternehmer früher anfertigte und ablieferte, demselben noch nicht bezahlt, später aber zur Reparatur eines nachher eingetretenen Schadens an jenen Unternehmer zurückgegeben, so erwächst ihm ein Pfandrecht an der Sache nur wegen der Reparatur.

[2]) So auch Dernburg, Bürgl. R., S. 496 und Anm. 3; Staudinger II 2, S. 945, I 3.

Angebot sowie für die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstandes machen mußte (§ 304 B. G. B.).

Es kommt häufig vor, daß der Besteller in irgend einer Beziehung vor Vollendung des Werkes tätig sein muß, daß er z. B. Anweisungen erteilen, den Stoff zu dem bestellten Anzug liefern muß, oder ähnliches. Hält nun der Unternehmer in berechtigter Erwartung der Lieferung seine Arbeitskraft bereit, ohne daß der Besteller seiner Verpflichtung nachkommt, so ist der Besteller durch diese Unterlassung in Annahmeverzug gekommen und der Unternehmer kann eine angemessene Entschädigung verlangen (§ 642 B. G. B.).

Das B. G. B. läßt den Besteller für den gelieferten Stoff, für seine speziellen Anweisungen zur Ausführung des Werkes, für die Unterlassung einer pflichtgemäßen Mitwirkung und endlich für jedes vertragliche Verschulden in der Weise haften, daß, wenn aus einem dieser Gründe das Werk untergeht, verschlechtert oder unausführbar wird, der Unternehmer eine Entschädigung verlangen kann (§ 645 B. G. B.).

Aus der Aufzählung dieser Bestimmungen ist aber nicht zu entnehmen, daß nur die im Titel Werkvertrag aufgestellten Spezialnormen in Betracht kommen, vielmehr finden bei allen besonderen Schuldverhältnissen die allgemeinen Vorschriften des Rechts der Schuldverhältnisse Anwendung. So hat auch der Besteller, soweit von ihm eine Mitwirkung beim Werkvertrag gefordert werden kann, nach § 276 B. G. B. Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Wird also, um ein von Cosack[1]) gebrachtes Beispiel anzuführen, der Näherin B die Anfertigung eines bestimmten Gesellschaftskleides für den festen Satz von 8 Mark von der Frau A aufgegeben und erkrankt die Näherin schwer, weil das ihr angewiesene Arbeitszimmer trotz herbstlicher Kälte nicht geheizt war, so haftet die Frau A. Cosack ist anderer Ansicht deshalb, weil die Normen des § 618 B. G. B. (Fürsorge für den Dienstpflichtigen) nicht auf den Werkvertrag Anwendung finden könnten. Die Richtigkeit dieser Ansicht mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls geht aus den konkreten Vertragsverhältnissen hervor, daß sich Frau A, wenn vielleicht nicht ausdrücklich, so doch stillschweigend verpflichtete, für den Arbeitsraum, Stuhl, Tisch etc. zu sorgen. Hatte sie aber die Pflicht der

[1]) Bd. I, § 148, Ziff. 4.

Beschaffung vertraglich übernommen, so hatte sie auch die Pflicht ordentlicher Beschaffung. Die Näherin B hat deshalb eine Schadenersatzforderung. Sie hat auch ein Pfandrecht für die Forderung an dem Gesellschaftskleid, vorausgesetzt, daß die Anfertigung nicht im Haushalt oder im Erwerbsgeschäft der Frau A erfolgt ist, denn hier würde sie nur Besitzdienerin[1]) im Sinne des § 855 B. G. B. sein.

Bei Entscheidung derartiger Fälle muß jedoch stets die Frage eingehend geprüft werden, ob es wirklich Vertragsforderungen sind, ob der Vertrag die eigentliche Grundlage[2]) bildet. Es können deshalb keineswegs Forderungen berücksichtigt werden, die nur „anläßlich[3]) der Vertragsausführung" zur Entstehung gekommen sind und einen selbständigen anderen Rechtsgrund haben. Hieher gehört das oft erwähnte Beispiel,[4]) daß der Hund des Bestellers den Unternehmer während der Arbeit durch einen Biß verletzt. Doch bemerkt Landshoff[5]) richtig hiezu, daß eine pfandrechtlich gesicherte Forderung dann wieder vorliegt, wenn die Haftung sich aus § 276 B. G. B. ergibt, also eine vertragliche Forderung vorliegt.

Ähnlich verhält es sich mit Forderungen des Unternehmers für eine Arbeit an den Werkstücken, die gar nicht bestellt war, also etwa für eine willkürliche Luxusausstattung oder für eine Tätigkeit auf Grund Geschäftsführung ohne Auftrag. In solchen Fällen fehlt es an einem Zusammenhang der Forderungen mit dem Werkvertrag, sie können deshalb nicht als Forderungen aus dem Vertrage angesehen werden und ermangeln infolgedessen des Pfandrechts.

Etwas anderes ist es, wenn der Unternehmer die ursprünglich vereinbarte Vergütung erhöhen will, weil in der Zwischenzeit die Materialien und Arbeitslöhne gestiegen sind. Ob der Besteller diese Mehrforderung anerkennen muß, wird nach den Grundsätzen über Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu prüfen sein. Das Objekt dieser Prüfung ist der Vertrag und es stellt sich somit bei eventueller Zuerkennung die Forderung als eine „Forderung aus dem Vertrage" dar, und ist deshalb durch das gesetzliche Pfandrecht gesichert.

---

[1]) Darüber siehe unten Abschnitt „Besitzerlangung".
[2]) Rechtssprechung der Oberlandesgerichte I, S. 398.
[3]) Oertmann, 4. Aufl., S. 746, Anm. 2 zu § 647.
[4]) Dernburg, Bürgl. R. II 2, 507; Landshoff, a. a. O. S. 76.
[5]) S. 75.

Immer muß jedoch eine wirkliche Forderung vorhanden sein. Das Pfandrecht kann also nicht für ein schadenstiftendes Verhalten verlangt werden, wenn der Schaden noch nicht eingetreten ist, solche „künftige Entschädigungsforderungen“ genügen zur Begründung des Pfandrechts nicht.[1])

Es versteht sich von selbst, daß die vertragliche Forderung nicht bloß in dem Bestande gesichert ist, wie sie sich die vertragsschließenden Parteien im Moment des Vertragesschlusses gedacht haben, sondern auch hinsichtlich etwaiger Modifikationen durch Verschulden, Verzug usw. Der nach § 1257 auch auf das gesetzliche Pfandrecht anwendbare § 1210 bestimmte: „Das Pfand haftet für die Ansprüche des Pfandgläubigers auf Ersatz von Verwendungen für die dem Pfandgläubiger zu ersetzenden Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung, sowie für die Kosten des Pfandverkaufs.“ Für die gegen diesen klaren Wortlaut verstoßende, allgemein verworfene Entscheidung des Oberlandesgerichts Posen[2]) gibt es nur zwei Erklärungen. Zunächst die bei Landshoff[3]) angegebene, welche die nächstliegende ist, nämlich, daß sich offenbar die Entscheidung gar nicht auf § 647, sondern auf § 648 bezieht. Die zweite Erklärung ergibt sich daraus, daß es allerdings richtig ist, daß die Prozeßkosten nicht aus dem Vertragsverhältnisse entstehen. Man kann sich beim Vorliegen von Prozeßkosten den Vertrag wegdenken; ja das Fehlen eines Vertrages kann gerade die Ursache der Kosten sein. Aber der Tatsache, daß dem Besteller, wenn der Unternehmer aus dem Vertrag klagt und obsiegt, die Kosten zur Last fallen, kann im Verhältnis zu der Tatsache, daß ein Vertrag geschlossen worden ist, die Kausalität nicht abgesprochen werden. Denn wäre kein Vertrag geschlossen worden und würde der Unternehmer aus dem Vertrag klagen, so könnte keine Prozeßkostenforderung entstehen.

Das Pfand haftet natürlich nicht nur, wenn sich die Forderung kraft des Gesetzes erweitert, sondern auch, wenn der Besteller durch spätere Rechtsgeschäfte seine Verpflichtung erweitert.

Man muß indessen hiebei unterscheiden, ob nur eine Änderung des Vertrages vorliegt, oder ob nicht vielmehr ein neuer Vertrag

---

[1]) So Oertmann, 3./4. Aufl., S. 584, 4 *a*; Endemann I 2, S. 348, 6; Entsch. des R. G. in Zivilsachen 54, 302; Entsch. des O. L. G. Bd. 7, S. 15; Neumann I, S. 436, Anm. 6; Dernburg II 2, S. 230, Anm. 14.

[2]) Rechtssprechung des O. L. G. Bd. I, S. 398. [3]) S. 78.

abgeschlossen werden wollte. In letzterem Fall erstreckt sich das Pfandrecht nicht auf die neuen Forderungen. Ob diese pfandrechtlich gesichert sind, kann nur die Prüfung des neuen Vertrages ergeben.

Wenn aber in der Zwischenzeit die Sache an einen Dritten veräußert worden ist, haftet die Sache nicht für die Erweiterung (§ 1210, Abs. 1, Satz 2).

Endlich ist darauf hinzuweisen, daß der Besteller auch dann mit dem Pfande haftet, wenn er sich zur Erfüllung seiner Vertragsverpflichtungen eines Gehilfen bedient und wenn hieraus Forderungen des Unternehmers erwachsen; denn der Besteller haftet für fremdes Verschulden genau so wie für eigenes.

Veräußert der Besteller das Pfandobjekt, so kann der neue Pfandeigentümer gemäß § 1211 alle Einreden, die dem Besteller gegen die Forderungen zustanden, dem Unternehmer gegenüber geltend machen, auch wenn der Besteller darauf verzichtet. Bei Anfechtbarkeit oder Aufrechenbarkeit hat der Pfandeigentümer so lange eine aufschiebende Einrede, als der Besteller die Möglichkeit der Anfechtung hat oder der Unternehmer sich durch Aufrechnung befriedigen kann (§§ 1211, 770).

War für die Herstellung des Werkes keine Vergütung in Geld vereinbart, sondern als Gegenleistung Hingabe von Sachen, Leistung von Diensten, Gewährung von Wohnung, Pflege etc. vereinbart, so besteht trotzdem ein Pfandrecht. Für das Verkaufsrecht des Pfandgläubigers ist es jedoch Voraussetzung, daß die Forderung sich in eine Geldforderung verwandle.[1]) Ist eine solche Umwandlung unmöglich, so würde der Pfandverkauf, wie § 1243 B. G. B. bestimmt, unrechtmäßig sein. Wenn Dernburg[2]) für das Vermieterpfandrecht bemerkt, daß die Legalhypothek deshalb nicht eintrete, weil ein solcher Vertrag von der gewöhnlichen locatio conductio nicht nur formell sondern auch materiell verschieden sei, „weil hier nicht ein Dienst geleistet werde, der bezahlt werde, sondern zwei Dienste sich

[1]) § 1228, Abs. 2 S. 2 B. G. B. bestimmt, daß falls der geschuldete Gegenstand nicht in Geld bestehe, der Verkauf erst zulässig sein soll, wenn die Forderung in eine Geldforderung übergegangen ist. Abgesehen vom Fall der Unmöglichkeit, muß also erst der Schuldner rechtskräftig verurteilt und die ihm nach der Verurteilung vom Gläubiger gesetzte Erfüllungsfrist fruchtlos verstrichen sein (B. G. B. §§ 250, 283, 286, 325, 326).

[2]) Pfandrecht I, S. 300.

die Wage hielten", so scheint mir diese Begründung nicht genügend. Die beiden gegenüberstehenden Verträge wird man hinsichtlich der Pflichten und Rechte beider Parteien (wie Kündigung, Haftung etc.) unmöglich unter andere Regeln als die des betreffenden Vertragsverhältnisses stellen können, und hinsichtlich des Pfandrechts eine Ausnahme zu machen, ist nicht angängig. Die Schwierigkeit liegt wie gesagt nur in der Realisierung des Pfandrechts. Diese läßt sich aber nach der angeführten Gesetzesbestimmung beseitigen. Wird von beiden Teilen erfüllt, so bedarf es des Pfandrechts ohnedies nicht, wird aber einseitig nicht erfüllt, so wandelt sich die unerzwingbare Leistung in eine Geldforderung.

C. Die rechtlichen Qualitäten der Pfandsache.

I. Durch Vertrag verpfändbare Sachen.

Was nicht durch Vertrag verpfändet werden kann, kann auch nicht unter das Pfandrecht des § 647 fallen. Daß Menschen nicht Gegenstand eines verwertbaren Rechtes sein können, ist zweifellos. Daß Rechtsgeschäfte über den Leichnam, wenn er auch Sache ist, nichtig sind, soferne sie nicht ausschließlich zu wissenschaftlichen Zwecken erfolgen, steht gleichfalls fest. Die von Landshoff[1]) behandelte Frage, ob eine menschliche Leiche Gegenstand eines Werkvertrages sein kann, bedarf einer näheren Erörterung. So wie Landshoff den Fall aufstellt, ist er undenkbar.

a) Geht die Aufgabe des Arztes dahin, den lebenden Menschen zu operieren und stirbt derselbe während der Operation, so ist die Entscheidung folgende: In dem Moment, wo der Kranke tot ist, hört die Tätigkeit des Arztes vertragsmäßig auf. Er kommt also gar nicht in die Lage, eine Sache herstellen oder ausbessern zu müssen.

b) Dieses Bedenken fällt bei der von L. aufgestellten zweiten Möglichkeit (Sektion) weg. Von einem Ausbessern ist hier keine Rede, höchstens von einem Herstellen. Was aber wird hergestellt? Ein ärztliches Gutachten über die Todesursache. Die Leiche ist also nur das Mittel zur Herstellung, ebenso wie wenn z. B. einem Gelehrten von einem Sammler ein Stein mit Keilinschrift zur Ent-

[1]) S. 55.

zifferung übersandt wird. Der Gelehrte stellt aus dem Stein nichts Neues her. Übrigens geht dies auch schon daraus hervor, daß demjenigen, der die Sektion anordnen läßt, mit der peinlichsten Auseinanderlegung der Leiche nichts gedient ist, wenn er nicht das Gutachten erhält. Die Tätigkeit des Arztes ist nicht mit der des Metzgers identisch, der genug getan, wenn er das Tier zerlegt hat.

c) Ich kann mir nur den freilich ungemein seltenen Fall denken, wo etwa die Angehörigen eines Ermordeten dessen gestückelte Leiche zum Zweck eines würdigen Begräbnisses zusammennähen lassen. In einem solchen oder ähnlichen Fall wäre allerdings die von Landshoff[1]) getroffene Entscheidung die einzige; diesen Fall hat aber L. nicht erwähnt.

Man kann kurz sagen: An allen Sachen, bezüglich deren kein gültiges Rechtsgeschäft abgeschlossen werden kann, weil es erstens gegen die guten Sitten (§ 138) oder zweitens gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134) verstoßen würde, können Pfandrechte aus § 647 nicht entstehen. Das soeben angeführte Beispiel gehörte zur 1. Gruppe. Zur 2. Gruppe gehören z. B. unzüchtige Bilder (§ 184 St. G. B.), Lose auswärtiger Lotterien, wenn das Spielen in diesen landesrechtlich verboten ist, Sprengstoffe (Reichsgesetz gegen den verbrecherischen und gemeingefährlichen Gebrauch von Sprengstoffen vom 9. Juni 1884), Gegenstände, deren Veräußerung den Verrat militärischer Geheimnisse bedeuten würde (R. G. gegen den militärischen Verrat vom 3. Juli 1893), bestimmte Vögel (R. G. betreffend den Schutz von Vögeln vom 22. März 1888) etc. Ferner können drittens solche Sachen nicht als Objekt des Pfandrechts dienen, welche keinerlei Vermögenswert besitzen, wie Zeugnisse, Legitimationskarten, Freifahrtskarten, Orden und Ehrenzeichen, Familienphotographien, Chroniken. Die Verwertungsmöglichkeit des Pfandrechts durch Verkauf bildet nach B. G. B. ein essentiale desselben.

Als vierte große Gruppe reihen sich an die Sachen, welche rein körperlich betrachtet keinen oder nur einen minimalem Wert haben, dagegen wertvolle Vermögensrechte sichtbar repräsentieren, z. B. Wechsel etc. Gelten sie als Sachen, gelten sie als Rechte?

Als Sachen gelten gemäß § 1293 Inhaberpapiere, d. h. sowohl Schuldverschreibungen auf den Inhaber (§ 793 ff.) als auch andere ein Forderungsrecht verkörpernde Inhaberpapiere, z. B. Aktien.

[1]) S. 56.

Der maßgebende Gesichtspunkt ist: „Folgt die Forderung dem Papier oder das Papier der Forderung?“ Darnach wird sich leicht die Entscheidung treffen lassen. Sparkassenbücher, Pfandscheine, Depotscheine, Versicherungspolicen etc., welche man unter dem Begriff Legitimationspapiere (§ 808 B. G. B.) zusammenfaßt, können also nicht Gegenstand des Pfandrechts sein, ebensowenig Schuldurkunden. Sie bilden Akzessorien der in ihnen beurkundeten Rechte und ermangeln jeder Selbständigkeit. Bestritten ist die Frage bei Orderpapieren (Wechsel etc.), da eine ausdrückliche Norm hiefür fehlt. Da hier die rechtliche (§ 1292 und die Bestimmungen der Wechselordnung) wie die wirtschaftliche Ordnung dahin geht, daß die Forderung dem Papier folgt, so habe ich keinen Zweifel, daß sie für das gesetzliche Pfandrecht als Sachen zu gelten haben.[1])

Übrigens scheinen mir derartige Fälle praktisch für das Werkmeisterpfandrecht doch niemals in Betracht zu kommen. Viel wichtiger sind praktisch diejenigen Sachen, an denen ein Urheberrecht besteht, denn die Frage, ob an ihnen das gesetzliche Pfandrecht des Werkmeisters entstehen kann, kann täglich vorkommen.

In Betracht kommen folgende 5 Gesetze:

1. Das R. G. vom 11. 1. 1876 betreffend das Urheberrecht an Mustern und Modellen.
2. Das Patentgesetz vom 7. IV. 1891.
3. Das R. G. vom 1. VI. 1891 betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern.
4. Das R. G. vom 19. VI. 1901 betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Tonkunst.
5. Das R. G. vom 9. 1. 1907 betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie.

Hier kann nicht scharf genug zwischen Sache und Recht geschieden werden. Dabei heißt es nicht: Entweder Sache oder Recht. — sondern es liegt regelmäßig eine Sache vor, daneben von der Sache getrennt das Urheberrecht. Abgesehen von den im folgenden angeführten Beschränkungen kann demnach die Sache (Kunstwerk, Modell-Photographie, patentierte Maschinen etc.) regelmäßig als brauchbares Pfandobjekt erscheinen, wenn sie nicht gerade nach

[1]) Dies ist auch die herrschende Lehre. Staudinger II, 734, 2; Siber, S. 14, 3; Oertmann, 3./4. Aufl., S. 583 b und die dort zitierte Literatur; siehe auch Kommentar der Reichsgerichtsräte, Sebald = Nürnberg 1910, S. 428, 2.

C. P. O. § 811, Ziff. 5 (wie eventuell Skizzen und Modelle) zur Fortsetzung der Erwerbstätigkeit unentbehrlich sind. Die Frage, ob die Urheberrechte gepfändet werden können, braucht hier nicht erörtert zu werden, da sie ohnedies nicht als Pfandobjekte des § 647 erscheinen könnten. An einer Reihe von Sachen sind nun aber dem Urheber Persönlichkeitsrechte (oder Machtbefugnisse) gewährleistet, welche jede Verwertung der Sache ausschließen. So ist die Verwertung des Patentes ausgeschlossen, da das Feilhalten und in Verkehr bringen ausschließlich dem Patentinhaber zusteht (§ 4 Patentgesetz).

Bei Kunstwerken kann der Künstler nach § 15 des Gesetzes betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste etc. die Pfandnahme nicht verbieten. An sich wäre der „eigene Gebrauch" der Sache durch einen Dritten kein Eingriff in das Urheberrecht. Den eigenen Gebrauch gestattet aber das Pfandrecht nicht. Verkauf oder Versteigerung der geschützten Sache ist aber gemäß § 15 verboten.

An Werken der Literatur ist nach §§ 10, 11, 39 des Gesetzes vom 19. VI. 1901 eine Pfandnahme dann ausgeschlossen, wenn das Werk noch nicht in der Öffentlichkeit erschienen ist. Das Werk kann in diesem Falle nämlich ohne Einwilligung des Urhebers nicht versteigert oder sonstwie verwertet werden. Da aber das Pfandrecht nur dazu gegeben ist, um durch Exekution (§ 1204 ff. B. G. B.) zur Befriedigung zu führen, so ist es hier unangebracht. Sind aber einmal fertige Exemplare vervielfältigt und in die Öffentlichkeit gegeben, so hat sich der Urheber seines Persönlichkeitsrechts begeben und die Exemplare sind Vermögensobjekte wie andere Sachen geworden. Ebenso verhält es sich mit Werken der Tonkunst.

Auf Grund dieser Erörterungen lassen sich die hier in Betracht kommenden Sachen als mit Persönlichkeitsrechten belegte Sachen bezeichnen.

II. Im Wege der Zwangsvollstreckung pfändbare Sachen.

Unpfändbare Sachen im Sinne des § 811 C. P. O. sind an sich nicht unfähig, den Gegenstand eines Pfandvertrages zu bilden. Doch bedarf es dazu selbstverständlich einer ausdrücklichen Willenserklärung des Verpfändenden. An einer solchen Willenserklärung fehlt es aber, wenn z. B. jemand einen Mietvertrag abschließt und dabei Sachen „einbringt" oder einen Werkvertrag abschließt und zum

Zweck der Ausbesserung Sachen übergibt. Eine entsprechende stillschweigende Willenserklärung aber anzunehmen, hieße die Natur des gesetzlichen Pfandrechts verkennen. Gegen eine solche Annahme traten schon die Motive[1]) mit Nachdruck auf. Auffallend ist in den Ausführungen von Landshoff (S. 53), daß er sich von dem Gedanken der stillschweigenden Verpfändung nicht losringen kann. Ein Anhalt dafür, daß der Besteller seine nötigsten Sachen verpfänden will, liegt sicher nicht vor und das Gesetz hat eine derartige Fiktion nicht aufgestellt. Man kann nur sagen, daß es der Wille des Gesetzgebers ist, daß die zur Werkarbeit hingegebenen Sachen dem Unternehmer pfandrechtlich haften sollen, der Wille des Gesetzgebers geht aber gerade dahin, daß dem Schuldner gewisse zur Lebensnotdurft unentbehrliche Sachen nicht entzogen werden sollen. Von diesen Sätzen darf man keine Ausnahme machen, wo es der Gesetzgeber nicht ausdrücklich selbst tut.

Im übrigen geht auch Landshoff (S. 53) bei seiner Beweisführung von ganz falschen Voraussetzungen aus.

Falsch ist zunächst die Auffassung, daß jemand dadurch, daß er den unmittelbaren Besitz an den fraglichen Objekten aufgibt, anzeige, daß er imstande sei, auch ohne sie auszukommen. Dies mag allenfalls für die Dauer der Reparatur richtig sein, nicht aber für die Dauer des Pfandrechts, z. B.: Es gibt eine mit Kindern reich gesegnete Mutter die Bettstätte, in dem zwei oder drei ihrer Kinder zugleich schlafen, zur Reparatur. Soll dieses Bett dem Pfandrecht anheimfallen? Der Gewinn aus dem Verkauf des Bettes wäre für den Unternehmer minimal, vielleicht schlagt er knapp seinen Arbeitslohn heraus; der Schaden für die Kinder aber könnte unberechenbar sein.

Aus diesem Beispiel ergibt sich übrigens, daß die Übergabe der Sache mit einer stillschweigenden Erklärung, sie sei überflüssig, nicht zusammenfallen muß. Landshoff schränkt seine Behauptung auch ein, indem er erklärt, das gelte allerdings nicht von solchen Sachen, die der Schuldner sehr gegen seinen Willen fortzugeben

[1]) Bd. II, S. 404: „Um der verschiedene unhaltbare Konsequenzen nach sich ziehenden, im gemeinen Recht und auch in der preußischen Jurisprudenz vertretenen Auffassung zu begegnen, daß das Recht des Vermieters an den eingebrachten Sachen auf einer stillschweigenden Verpfändung beruhe, bezeichnet der § 521, Abs. I, S. 1 das dem Vermieter eingeräumte Pfandrecht ausdrücklich als ein gesetzliches Pfandrecht."

gezwungen sei, da sie wegen des fortschreitenden Verfalls ihren gänzlichen Untergang befürchten ließen. Hier müsse das Pfandrecht aber deshalb erworben werden, „weil ja gerade hier offenbar sei, daß ohne Tätigkeit des Werkmeisters das Gut untergegangen und also erst recht dem Vermögen des Bestellers entzogen wäre". Damit gibt Landshoff zunächst zu, daß es hier an einer stillschweigenden Verpfändung von Seite des Unternehmers fehlt. Der dafür angeführte neue Grund ist aber nicht zutreffend; denn für die Frage der Entbehrlichkeit einer Sache kann es nicht ausschlaggebend sein, ob die Sache früher oder später untergehen wird.

Es ist zum mindesten eigentümlich, daß das B. G. B. diesen Punkt für die anderen gesetzlichen Pfandrechte geregelt, hinsichtlich des Unternehmer-Pfandrechts aber keine Bestimmung getroffen hat. Ist aber bei den Vorschriften über die Miete ein Rechtssatz enthalten, der unpfändbare Sachen vom gesetzlichen Pfandrecht ausschließt und ist diese Vorschrift von allen Seiten als zwingende Norm anerkannt, so muß man beim Zutreffen der gleichen Gründe, auch zu dem gleichen Ergebnisse kommen. Nun treffen die gleichen Gründe[1]) hier zu. Auch hier haben wir ein Pfandrecht, welches auf gesetzlicher Vorschrift, nicht auf stillschweigender Verpfändung beruht, es müssen daher die Sätze der C. P. O. § 811 auch hier Anwendung finden, zumal die sozialpolitischen Erwägungen, welche zu der Vorschrift des § 811 C. P. O. geführt haben, auch beim Werkvertrag zutreffen. Eine Ausnahme hätte einer ausdrücklichen Bestimmung bedurft. Sonach kann das gesetzliche Pfandrecht des Unternehmers sich ebenso wie das des Vermieters nicht auf die der Pfändung nicht unterworfenen Sachen erstrecken.

Eine andere Frage ist die, ob es sich auch nicht auf die Sachen erstreckt, welche gemäß § 812 C. P. O. wegen ihres geringen Verkaufswertes nicht gepfändet werden „sollen". Hierüber sind die Ansichten bezüglich des Vermieter-Pfandrechts geteilt. Siber[2]) meint, „Gegenstände, die nicht gepfändet werden sollen, sind nicht unpfändbar und deshalb dem gesetzlichen Pfandrecht unterworfen". Dies ist praktisch bedenklich. Auch „Soll"-Vorschriften werden von den Beamten eingehalten, und so kommt es, daß die erwähnten Sachen praktisch „unpfändbar" sind. Wollte man diese Sachen dem gesetzlichen Pfandrecht unterwerfen, so würde eine durch nichts gerecht-

[1]) Motive, II S. 406. [2]) S. 17.

fertigte Rechtsungleichheit entstehen. Dasselbe gesetzgeberische Motiv wie für die Fälle des § 811 C. P. O. trifft auch hier zu.[1]) Wenn der Wortlaut des § 559 B. G. B. den § 812 C. P. O. nicht mitumfaßt, so ist das, wie Jastrow[2]) richtig bemerkt, darauf zurückzuführen, daß der § 812 C. P. O. zur Zeit der Entstehung des § 559 B. G. B. noch gar nicht existierte, sondern erst durch die Novelle zur C. P. O. geschaffen wurde. Man muß demnach konsequenterweise unter Berücksichtigung der Bedeutung des allgemeinen Grundsatzes annehmen, daß das gesetzliche Pfandrecht des Unternehmers sich auch nicht auf solche Sachen erstreckt, welche gemäß § 812 C. P. O. nicht gepfändet werden sollen.

III. Früchte, Zubehör, Bestandteile.

Die Grundsätze, welche das B. G. B. in den §§ 953 ff. (IV. Erwerb von Erzeugnissen und sonstigen Bestandteilen einer Sache) für das Eigentum aufgestellt hat, sind nach § 1212 mit Modifikationen auch auf das vertragliche und demnach nach § 1257 auch auf das gesetzliche Pfandrecht anwendbar.

Das was von einer beweglichen Sache gewonnen werden kann, kann sein Bestandteil (§ 93), Zubehör (§ 57), Frucht (§ 99), oder den (Begriff Früchte in sich schließend) Nutzung (§ 100). § 1212 bestimmt: Das Pfandrecht erstreckt sich auf die Erzeugnisse, die von dem Pfandrecht getrennt werden. Wenn man dazu § 99, Abs. 1 (Früchte einer Sache sind die Erzeugnisse der Sache und die sonstige Ausbeute, welche aus der Sache ihrer Bestimmung gemäß gewonnen wird) vergleicht, so ergibt sich, daß unter „Erzeugnissen“ alle organischen Erzeugnisse, insofern sie die Substanz, d. i. Muttersache nicht — oder wenigstens nicht dauernd — beeinträchtigen, wie z. B. Tierjunge, Wolle, Milch, Dünger zu verstehen sind.

Der weitere Begriff Früchte kann nach klarem Wortlaut nicht in Betracht kommen. Es fällt deshalb die „sonstige Ausbeute“ des § 99, Abs. 1 nicht unter das gesetzliche Pfandrecht des § 647.[3])

---

[1]) Staudinger II 2, S. 737 b.

[2]) Archiv für soziale Gesetzgebung 12, 615.

[3]) Anders Landshoff, S. 59, welcher trotz der von ihm selbst (S. 60 oben) anerkannten Notwendigkeit, den § 1212 strikt auszulegen, der Ansicht ist, daß auch die sonstige Ausbeute noch neben den Erzeugnissen in Betracht komme, und dann weiter folgert: Ausbeute = Bestandteile; für letztere war eine besondere

Praktisch wird die Frage nie werden, weil sich Ausbeute an einer beweglichen Sache nicht denken läßt.[1]) Aus demselben Grunde scheiden auch die sogenannten zivilen Früchte einer beweglichen Sache aus, d. h. die Erträge, die eine Sache vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt (§ 99, Abs. 3), z. B. Mietzins für die Miete eines Pferdes oder Pachtzins für das Milcherträgnis einer Kuh.

Die Beziehung dieses Rechtsverhältnisses zum gesetzlichen Pfandrecht des Unternehmers könnte sich faktisch etwa so gestalten:

Ein Bauer, der das Milcherträgnis seiner Kühe an eine Genossenschaft verpachtet hat, gibt eine seiner Kühe wegen äußerer Verletzungen zu einem Schmied in sachgemäße Behandlung und Pflege. Dem Schmied steht das gesetzliche Pfandrecht des § 647 an der Kuh zu. Das Geld, das die Genossenschaft für die Milchpacht bezahlt, ist eine sogenannte zivile Frucht. An diesem Geld steht dem Schmied nach der herrschenden Ansicht[2]) kein gesetzliches Pfandrecht zu. Der Grund hiefür ist meines Erachtens nicht aus dem Schweigen des § 1212 B. G. B. zu entnehmen, wie Landshoff[3]) meint, sondern vielmehr aus dem Wort „Erzeugnisse"; denn den Getetzesverfassern war doch sehr gut bekannt, wie sie in § 99 den Begriff „Erzeugnisse" festgelegt hatten.

Aus dem gleichen Grunde aber schließen zu wollen, daß der Gesetzgeber auch das Zubehör vom Pfandrecht nicht ergriffen wissen wollte, würde zu weit führen. Das Zubehör teilt nicht schlechthin das rechtliche Schicksal der Hauptsache, wie etwa die wesentlichen Bestandteile einer Sache. Bezüglich der Hypothek ist die Erstreckung auf das Zubehör des Grundstücks durch § 1120 ausdrücklich ausgesprochen. Es sind überhaupt die sachenrechtlichen Wirkungen, die eintreten, wenn ein Vertrag über ein Grundstück unter Übergehung des Zubehörs geschlossen wird, genau geregelt.[4])

Vorschrift überflüssig, da sie schon vor ihrer Loslösung vom Pfandrecht ergriffen waren. (Dabei ist nicht beachtet, daß bei der Ausbeute aus Grund und Boden eine Besitzergreifung vor der Loslösung unmöglich ist.)

[1]) Dieser Ansicht war offenbar auch der Gesetzgeber, da er dem Verpächter im Gegensatz zum Vermieter, Gastwirt, Pächter oder Werkmeister ein Pfandrecht an den „Früchten" (d. i. Ausbeute mitumfassend) gibt.

[2]) Dernburg, Bürgl. R. III, S. 910; Staudinger III, S. 851, beide ohne Begründung.

[3]) S. 59.

[4]) Die sachenrechtlichen Wirkungen, die eintreten, wenn ein dinglicher Vertrag über eine Hauptsache unter Übergehung des Zubehörs geschlossen

Für den dinglichen Vertrag über eine bewegliche Sache ist dies nicht geschehen. Daraus ergibt sich einerseits, daß das Gesetz es nicht für selbstverständlich hält, daß das Zubehör der Hauptsache in allen rechtlichen Beziehungen folge, andererseits, daß für die Ordnung beim dinglichen Vertrag über eine bewegliche Sache die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung zu kommen haben. Für das vertragsmäßige Pfandrecht gilt also mangels einer besonderen Bestimmung nur das im Bestellungsvertrag Vereinbarte. Das Zubehör muß mit der Hauptsache den gleichen, aber einen selbständigen Entstehungsgrund (§§ 1205, 1206) haben. Das muß auch gemäß § 1257 für das gesetzliche Pfandrecht des Unternehmers gelten. Hat das Zubehör den gleichen Entstehungsgrund (Besitzerlangung bei Herstellung oder zum Zweck der Ausbesserung; herstellende und ausbessernde Tätigkeit im Werkvertragsverhältnis), so unterliegt es auch dem gesetzlichen Pfandrecht. Wird es nur gelegentlich einer solchen Arbeit an der Hauptsache in den Besitz des Unternehmers gebracht, so erwirbt dieser kein Pfandrecht daran.[1])

Eigenartigen Bestimmungen unterliegt das Zubehör an Schiffen. Ist das Schiff im Schiffsregister nicht eingetragen, so gilt es als bewegliche Sache und das Pfandrecht hieran regelt sich nach den Vorschriften über eine bewegliche Sache. Das Zubehör unterliegt mangels eines auch auf das Zubehör bezüglichen Werkvertrags nicht dem gesetzlichen Pfandrecht, was darum wichtig ist, weil gerade beim Schiff das Fehlen des Zubehörs, wie Ruder, Segel, Steuer etc. den Wert der Hauptsache sehr beeinträchtigt. Ist das Schiff aber im Schiffsregister eingetragen, so gelten die für das vertragsmäßige Pfandrecht an Schiffen getroffenen Vorschriften der §§ 1259—1272 B. G. B.[2]) Der nach § 1257 anzuwendende § 1265 bestimmt, daß sich das Pfandrecht auf das Zubehör des Schiffes mit Ausnahme der Zubehörstücke erstreckt, die nicht in das Eigentum

wird, werden in folgenden Bestimmungen geregelt: § 926 (Erwerb des Eigentums am Zubehör zugleich mit dem Erwerb des Eigentums am Grundstück); § 1031 (Erwerb des Nießbrauchs am Zubehör eines Grundstücks in entsprechender Weise); § 1093 (Erwerb des Nießbrauchs am Zubehör bei Erwerb eines Wohnungsrechts); § 1096 (das Vorkaufsrecht erstreckt sich beim Grundstücksverkauf auf das Zubehör).

[1]) Neumann I, S. 933; Biermann, S. 439; Staudinger III, S. 851, I 310.

[2]) Darüber, daß das gesetzliche Pfandrecht des Unternehmers grundsätzlich auch an einem im Schiffsregister eingetragenen Schiff zur Entstehung kommt, siehe unten.

des Eigentümers des Schiffes gelangt sind. Dadurch wird die prinzipielle Selbständigkeit des Zubehörs nicht berührt, so daß das Zubehör einer getrennten Belastung fähig ist. Wird z. B. ein Segel in Reparatur gegeben, so entsteht daran ein gesetzliches Pfandrecht, welches die Hauptsache vollständig unberührt läßt.

Über Bestandteile im Titel: „Pfandrecht an beweglichen Sachen" eine Bestimmung zu treffen, war nicht nötig, da § 93 allgemein bestimmt, daß wesentliche Bestandteile nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können. Wer also ein gesetzliches Pfandrecht an der Hauptsache hat, hat es an den wesentlichen Bestandteilen ohne weiteres.

IV. Bewegliche Sachen.

Bei der grundsätzlichen Trennung der rechtlichen Behandlung von Mobilien und Immobilien im Rechte des B. G. B. ist es klar, daß auch Werkarbeit an beweglichen und unbeweglichen Sachen nicht gleich behandelt werden konnte. Soweit die Werkarbeit an letzteren überhaupt eine Sicherung erfuhr, — und es ist dies nur bei „Bauwerken" der Fall — ist sie durch § 684 geordnet.

Auf Einzelheiten braucht nicht eingegangen zu werden; von Interesse ist nur zwischen den durch die § 647 und § 648 gesicherten Objekten eine feste Grenze zu finden. Dies ist um so mehr veranlaßt, als § 95 B. G. B. ausdrücklich folgende tatsächlich unbewegliche Sachen nicht dem Immobilienrecht unterworfen wissen will:

1. die in ein Gebäude eingefügten Sachen,[1])
2. die mit dem Grund und Boden verbundenen Sachen, soweit die Einfügung bzw. Verbindung nur zu einem vorübergehenden Zwecke erfolgt ist,[2]) und
3. diejenigen mit einem Grundstück verbundenen Gebäude oder anderen Werke,

wenn die Verbindung nur in Ausübung eines Rechts an einem fremden Grundstück erfolgt ist.

Diese 3 Kategorien sollen nicht als Bestandteile von Grundstücken gelten. Sie unterliegen als selbständige Sachen den für

---

[1]) Z. B. der Hausbesitzer fertigt seinem Mieter, der Kaufmann ist, einen Schaukasten und befestigt ihn am Hause.

[2]) Z. B. der Grundbesitzer baut seinem Mieter für die Dauer des Hausabbruches eine Verkaufsbude in dem Garten.

bewegliche Sachen bestimmten Vorschriften. Stellt also z. B. ein Mieter, der Unternehmer ist, für den Vermieter derartige Sachen her, so erwirbt er das gesetzliche Pfandrecht daran.

Bezieht sich ferner der Werkvertrag darauf, unbewegliche Sachen zu beweglichen zu machen, so erwirbt der Unternehmer das Pfandrecht an den nunmehr beweglichen Sachen, vorausgesetzt, daß sie „bei der Herstellung" in seinen Besitz gelangt sind. Ein solcher Fall liegt dem Urteile des Reichsgerichtes vom 14. Dezember 1909[1]) zu Grunde. Hier hatte ein Ziegelmeister aus der Lehmgrube einer Gesellschaft Lehm zu entnehmen und daraus Ziegelsteine zu fertigen: „Mit der Trennung erwarb er ohne Zweifel das gesetzliche Pfandrecht, da Besitz und herstellende Tätigkeit in diesem Moment schon begonnen hatten."

V. Surrogate.

Daß an Stelle einer untergegangenen Pfandsache ein Surrogat tritt, ist nicht nur bei den Versicherungsgeldern, wie Landshoff[2]) annimmt, sondern auch bei Verbindung, Vermischung, Spezifikation, Schadensersatz und Bereicherungsansprüchen im allgemeinen der Fall. Wie nach gemeinem Recht gilt auch im B. G. B. das Surrogationsprinzip (so z. B. in § 281 und in den Bestimmungen über Gesellschaft, eheliches Güterrecht und Erbrecht) wie in anderen Fällen, so auch beim Pfandrecht. Beim Sicherungsverkauf tritt der Erlös an die Stelle der Sache § 1219. — Wenn bei der Realisierung eines für mehrere Forderungen bestehenden Pfandrechts die eine Forderung fällig ist, die andere nicht, so ist der Teil des Erlöses, der zur Berichtigung der fälligen Schuld nötig ist, zur Befriedigung zu verwenden, der andere Teil ist Surrogat für den Teil der Pfandsache, der früher für die bedingte Forderung haftete. Dieses Surrogat haftet wie die Pfandsache selbst (§ 1247 B. G. B.).[3]) Natürlich muß das Surrogat in den Besitz des Pfandgläubigers gelangt sein. Obligatorische Ansprüche auf Herausgabe des Surrogats gegen den Pfandschuldner (Besteller) fließen aus dem Pfandrecht nicht.

---

[1]) Entsch. in Zivilsachen 329/09 VII in Jur. Wochenschrift, Bd. 39, S. 107. Das Urteil interessiert für die Frage, ob Dienst- oder Werkvertrag vorliegt und ob der Unternehmer Besitzer oder Besitzdiener ist; darüber siehe weiter unten unter Abschnitt D III 3 „Besitzerlangung".

[2]) S. 62. [3]) Vgl. Siber, S. 15.

Eine Versicherungssumme[1]) kann nur verlangt werden, wenn der Besteller die Sache zu Gunsten des Unternehmers versichert hätte. Aber dieser Anspruch wäre natürlich auch nur ein obligatorischer. Hat der Besteller für sich versichert, so hat der Unternehmer keinerlei Anspruch auf die Summe. Der Erlös ist streng genommen nicht Ersatz, sondern der Erfolg eines Vertrages, denn es fehlt an der „Identität“[2]) des Grundes, der die Pfandsache vernichtet, und des Grundes, der das Surrogat entstehen läßt. Auch das römische Recht erkannte das Surrogationsprinzip bei den sogenannten commoda ex negotiatione nicht an.[2]) Ebensowenig liegt ein Surrogat, das unter das Pfandrecht fällt, im Falle der sogenannten locatio conductio operis irregularis vor. Hier kann der Unternehmer statt des ihm zur Herstellung gelieferten Materials vereinbarungsgemäß anderes verwenden, wie dies die Regel ist bei Hingabe von Gold oder Silber zur Anfertigung von Schmucksachen. Es liegt dasselbe Verhältnis vor, als wenn der Besteller dem Unternehmer das Geld zum Ankauf des Stoffes vorschießen würde. Da es ferner regelmäßig der Wille der Parteien ist, daß der Unternehmer im Gegensatz zu § 644, S. 2 die Gefahr des zufälligen Untergangs oder einer zufälligen Verschlechterung des Stoffes tragen soll, so liegen alle Merkmale eines Werklieferungsvertrages vor. Nach den hiefür geltenden Bestimmungen findet aber die Vorschrift des § 647 keine Anwendung.

D. Der Tatbestand der Entstehung des Pfandrechts.

I. Allgemeines.

Wenn nach § 1257 die Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht auch auf das kraft Gesetzes entstandene Pfandrecht Anwendung finden, so ist damit eben nur hinsichtlich des bestehenden Pfandrechts eine Bestimmung getroffen. Die Vorschriften über die Entstehung des rechtsgeschäftlichen Pfandrechts sind für die Entstehung des gesetzlichen Pfandrechts nicht

[1]) Mittelstein, S. 181, Anm. 1a; Landshoff, S. 62 und Seufferts Archiv Bd. 43, S. 397.

[2]) Dernburg, Pfandrecht II 566, Anm. 18; Oertmann, 3./4. Aufl., S. 125 zu § 281, 1 und 2d.

maßgebend. Diese wird überhaupt nicht allgemein geregelt, sondern es hat jedes gesetzliche Pfandrecht hinsichtlich der Entstehung seine eigenen Grundsätze. Es kann daher nur im Rahmen des Rechtsinstituts, aus dem es erwächst, verstanden und gewürdigt werden. Wenn es aus seinem Zusammenhang gerissen würde, würden falsche Schlußfolgerungen entstehen. So könnten an sich die durch § 647 pfandrechtlich gesicherten Forderungen des Unternehmers ihrer Natur nach auch Forderungen aus einem Dienstvertrag oder einem Auftragsverhältnisse sein und so will Rümelin[1]) unter Hinweis auf die Reichstagsverhandlungen Forderungen aus dem Dienstvertrag einbezogen wissen. Wenn er dies materiell damit begründet, der Dienstverpflichtete sei doch ebenso vorleistungspflichtig wie der Unternehmer und es könne dabei keinen Unterschied machen, „wie der Lohn bemessen sei und ob der Arbeitnehmer irgend eine Gefahr übernommen habe", ist dem entgegenzuhalten, daß der Unternehmer nicht nur wie der Dienstpflichtige seinen Lohn kreditiert, sondern mit der Ungewißheit, ob das Werk gelingt, ein weiteres Risiko übernimmt und damit eines besseren Schutzes bedürftig ist. Ausschlaggebend ist indessen, daß der § 647 dem Titel Werkvertrag eingereiht ist, und somit die Worte „für seine Forderungen aus dem Vertrage" nur als werkvertragliche Forderungen aufgefaßt werden dürfen. Daß dies auch beabsichtigt, geht auch aus den Motiven[2]) hervor:

„In dem Entwurf ist davon ausgegangen, daß die Vorschrift des § 41 Nr. 6 der K. O.[3]) auf jeden Werkvertrag, nicht auf den Dienstvertrag sich bezieht."

Noch viel weniger zweifelhaft kann es sein, daß die Motive die Forderungen aus einem Auftragsverhältnis nicht einbezogen wissen wollten, da es im 1. Entwurf noch hieß „wegen .... Forderungen für Arbeit und Auslagen"; eine Forderung für Arbeit aber aus einem Auftragsverhältnis begriffsmäßig nicht entstehen kann. Die Stellung im System des B. G. B. kann, wie erwähnt, vollends keinen Zweifel hierüber lassen. Da sich Werkvertrag und Auftrag nur in der Entgeltlichkeit unterscheiden, so ist es klar, daß eine auf Her-

[1]) S. 247 ff. [2]) Bd. II, S. 494.

[3]) Dies konnte nach der Fassung des K. O. allerdings zweifelhaft erscheinen. Hätte das B. G. B. den Dienstvertrag einbezogen haben wollen, so hätte es die Vorschrift nach dieser Seite hin verdeutlicht.

beiführung eines Arbeitserfolges gerichtete Vertragsleistung dann kein gesetzliches Pfandrecht zur Entstehung bringen kann, wenn sie unentgeltlich erfolgt. Die erste Bedingung für die Entstehung des Pfandrechts ist also, daß ein Werkvertrag im Sinne des B. G. B. § 631 abgeschlossen worden ist.[1]) Liegt ein solcher vor, so entsteht kraft Gesetzes das Pfandrecht. Anders nur, wenn der Unternehmer auf das Pfandrecht verzichtet. Und dies kann auch stillschweigend geschehen, so z. B. wenn der Unternehmer sich vertraglich verpflichtet vorzuleisten, so daß die Vergütung erst nach der Aushändigung des Werks bezahlt werden soll. Damit hat der Unternehmer freiwillig kreditiert, obwohl das Gesetz ihn vor der Gefahr der Kreditierung schützen wollte. Der Unternehmer kann dann die Herausgabe der Sache unter Berufung auf § 647 nicht verweigern, „denn — betont Dernburg[2]) mit Recht — das Pfandrecht soll dem Vertrag dienen, nicht seine Bedingungen ändern".

Doch können unvorhergesehene Ereignisse während der Dauer des Vertrags trotzdem dahin führen, daß ein gesetzliches Pfandrecht entsteht. Kündigt z. B. der Besteller, so wird dadurch der Vertrag nicht schlechthin aufgehoben, es entfällt zwar logischerweise der Anspruch des Bestellers auf Vorleistung des Unternehmers, es bleibt aber die Pflicht des Bestellers zur Entrichtung der Vergütung in entsprechendem ermäßigten Umfange bestehen (§ 649).

Ein ähnlicher Fall liegt dann vor, wenn dem Unternehmer gegen den Besteller eine Schadensersatz-Forderung entsteht, weil z. B. der Besteller eine zur Herstellung des Werks von seiner Seite erforderliche Handlung nicht betätigt (§ 642). Hier steht dem Unternehmer ein gesetzliches Pfandrecht wegen seiner Schadensersatzforderung zu. Die Vorleistungspflicht kann hieran nichts ändern. Sie hat lediglich ein zeitliches Verhältnis von Ablieferung zur Entrichtung der Vergütung begründet und dieses Verhältnis wird durch die Pfandnahme infolge Schadensersatzforderung nicht gestört. Verpflichtet sich der Unternehmer „3 Monate nach Ablieferung zahlbar" zu leisten, so wird durch die Zurückhaltung des Pfandes nur der Moment der Ablieferung hinausgeschoben. Sollte infolge dieser Hinausschiebung dem Unternehmer ein Schaden entstehen, so wäre dies ein neuer selbständiger Grund, Schadensersatz zu verlangen.

[1]) Werklieferungsvertrag (§ 651 B. G. B.) genügt nicht.
[2]) Bürgerl. R. Schuldverh. II 2, S. 507.

Man kann, wie erwähnt, in der Pflicht zur Vorleistung nur eine Kreditierung der Vergütung sehen, Treu und Glauben würde es widersprechen auch eine Kreditierung eventueller Schadensersatzforderungen darin sehen zu wollen.

Ein weiterer Fall stillschweigenden Verzichts auf das Pfandrecht liegt vor bei anderweitiger Vereinbarung einer Sicherstellung.[1])

II. Der Tatbestand der Entstehung des Pfandrechts auf Seite des Bestellers.

1. Eigentum.

„Der Unternehmer hat ... ein Pfandrecht an den ... Sachen des Bestellers." Muß der Genetiv: „des Bestellers" unbedingt und ohne weiteres ein Eigentumsverhältnis anzeigen? Die Motive[2]) geben einen Fingerzeig, wenn sie beim gesetzlichen Pfandrecht des Vermieters „an den Sachen des Mieters" erklären: „Der Zusatz „des Mieters" stellt aber das Prinzip außer Zweifel, daß einzig und allein die Sachen des Mieters dem Pfandrecht des Vermieters unterworfen sind." Unter Sachen des Bestellers wie des Mieters können nach dem Sprachgebrauch gar nicht andere als dem Besteller bzw. dem Mieter zu Eigentum gehörende Sachen verstanden werden.[3]) Scherer[4]) ist der Ansicht, daß auch Besitzverhältnisse damit gemeint sein könnten. Richtig ist daran, daß an sich der Genetiv eine Beziehung ohne besondere Färbung andeutet. Aus dem Ganzen des Satzes ergibt sich indessen meist die Eigenart der Beziehung. Im gegebenen Falle zeigen es die Worte „an den hergestellten oder ausgebesserten Sachen des Bestellers" an. Hätte nur ein Besitzverhältnis angedeutet werden sollen, so wären die Worte „des Bestellers" überhaupt überflüssig gewesen; denn wer nicht tatsächlich über eine Sache verfügen kann, kann sie auch nicht zur Herstellung und Ausbesserung hingeben. Bei der sorgfältigen Abfassung des B. G. B. darf aber kein Wort als überflüssig oder bedeutungslos betrachtet werden. Zu

[1]) Staudinger II 2, S. 981, Ziff. 7 und R. G. Entsch. in Jur. Woch. 1899, S. 453.

[2]) II, S. 404.

[3]) Vgl. dazu Begriff Bayer. Landrecht, Teil I, cap. I, § 9. „Deutliche Gesetze und Ordnungen soll man nicht auszulegen suchen, sondern die Worte bei ihrer gewöhnlich und landläufigen Bedeutung ohne Verdrehung belassen."

[4]) Scherer, Deutsche Juristenzeitung, Bd. 5, S. 202 ff.

dieser Schlußfolgerung ist die Heranziehung der Motive absolut unnötig; sie geben jedoch einen interessanten Einblick, aus welchen Gründen man zu einer der bisherigen Rechtsübung widersprechenden Auffassung gekommen ist.

Aus dem allen folgt, daß der Unternehmer grundsätzlich an solchen Sachen kein Pfandrecht erhält, die dem Besteller nicht zu Eigentum gehören, auch wenn er etwa ein obligatorisches Recht auf Übertragung des Eigentums hat. Dagegen genügt Miteigentum,[1]) dem Pfandrecht unterliegt dann der Miteigentümeranteil. Es handelt sich hier nicht um ein Pfandrecht an Rechten; zwar ist nicht die Sache, sondern das Recht geteilt (§ 1008), aber das B.G.B. behandelt das Pfandrecht an Miteigentumsquoten im Titel „Pfandrecht an beweglichen Sachen“[2]) (§ 1258).

Gegen die Ansicht von Siber,[3]) daß „Sachen, an denen der Schuldner nur mit-(oder gesamt-)eigentumsberechtigt ist, keine Sachen des Schuldners sind“, spricht, wie die Wendung „Bruchteile eines Grundstückes“ (z. B. § 1095) und so die Zulässigkeit der Verpfändung einer Miteigentumsquote durch einen Miteigentümer allein. Daß der Pfandgläubiger solche Sachen nicht in gesetzlich zulässiger Weise in seinen Alleinbesitz bringen könne,[4]) ist nicht durchschlagend. Wenn er sie auch nicht in Alleinbesitz bringen darf, so braucht er doch nicht Alleinbesitz durch den Mitbesitzer zu dulden, so daß ihm stets eine Verfügungsmacht, wenn auch vielleicht bloß eine überwachende, über die Sachen zusteht.[5])

Anders verhält es sich im Falle des Gesamteigentums. Aus dem § 719, der jede Verfügung eines einzelnen Gesellschafters über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen verbietet, folgt, daß weder ein vertragliches noch ein gesetzliches Pfandrecht zu Lasten eines einzelnen Gesellschafters daran entstehen kann.[6])

[1]) Planck, 3. Aufl., II, S. 479, Anm. b speziell am Ende.

[2]) Auch Staudinger III, S. 896 schreibt: „Ein . . . gesetzliches Pfandrecht an dem Anteil eines Miteigentümers an einer beweglichen Sache gilt als Pfandrecht an einer Sache, nicht an einer Forderung.“

[3]) S. 29.

[4]) Staudinger II 2, S. 735 oben; ausführlich Siber, S. 29 und 30.

[5]) Siehe Siber, S. 30.

[6]) Gegen sämtliche Miteigentümer einer Sache diese zur Bearbeitung an einen Unternehmer, so findet selbstverständlich überhaupt keine Hingabe einer Miteigentumsquote statt und es wird infolgedessen die oben erörterte Frage überhaupt nicht aufgerollt.

Da nur eine Verfügung der Gesellschaft als solcher, also eine Verfügung im Namen der Gesellschaft die im Gesamteigentum stehenden Sachen vertraglich verpfänden kann, so kann auch nur ein auf die Gesellschaft als solche zutreffender Tatbestand ein gesetzliches Pfandrecht erzeugen. Es wird für diese Fälle immer zu prüfen sein, ob derjenige, welcher Schuldner aus dem Werkvertrage ist, auch Eigentümer der Sache ist. Läßt z. B. ein Gesellschafter ohne Vertretungsmacht eine zum Gesellschaftsvermögen gehörende Sache reparieren, und wird seine Bestellung von der Gesellschaft nicht genehmigt, so ist er allein Schuldner; da aber die von ihm hingegebene Sache nicht sein Eigentum ist, so kann kein gesetzliches Pfandrecht daran entstehen.

Eine Gruppe von Gesamtgutsverhältnissen bilden die Güterrechtssysteme der allgemeinen Gütergemeinschaft, der Errungenschaftsgemeinschaft, der Fahrnisgemeinschaft und der fortgesetzten Gütergemeinschaft.

Bei der Entscheidung, ob hier der Abschluß eines Werkvertrages unter Hingabe von Sachen von seiten eines Angehörigen der Gütergemeinschaft ein gesetzliches Pfandrecht zur Entstehung bringt, kommt es darauf an, ob der Besteller durch den Vertragsabschluß das Gesamtgut verpflichtet und ob die hingegebene Sache zum Gesamtgut gehört. Nur wenn beides vorliegt, kann ein gesetzliches Pfandrecht zur Entstehung kommen.

Hinsichtlich des gesetzlichen Güterrechts der Verwaltung und Nutznießung sei kurz erwähnt, daß der Ehemann ohne Zustimmung der Frau diese nicht mitverpflichten kann. Handelt er im eigenen Namen, so wird lediglich er allein verpflichtet,[1]) handelt er im Namen der Frau mit deren Zustimmung, so wird diese unmittelbar verpflichtet. Nur wenn dem aus dem Werkvertrag Verpflichteten die zur Werkfertigung hingegebene Sache gehört, kann ein Pfandrecht entstehen. Dem Unternehmer wird hier die Vorschrift des § 1362, Abs. 1 von Nutzen sein, wonach zu Gunsten der Gläubiger des Mannes die Sachen der Ehegatten als dem Ehemann gehörig angenommen werden. Ferner wird gegen unlautere Manipulationen, welche das Pfandrecht durch Übereignungsverträge an den anderen Ehegatten illusorisch machen sollen, das Anfechtungsgesetz vom 21. Juli 1879 ein wirksames Mittel bieten.

[1]) Er kann aber gemäß §§ 1390, 257 Befreiung erlangen.

Genau so wie beim ehemännlichen Verwaltungsrecht ist es beim elterlichen. Die gegenteilige Ansicht von Landshoff[1]) ist insoweit verfehlt, als der Vater die Bestellung bezüglich einer Sache seines Kindes in eigenem Namen vornimmt. In diesem Falle besteht gemäß § 164, Abs. 2 kein Zweifel, daß der Vater allein Besteller, aber nicht Eigentümer; das Kind Eigentümer, aber nicht Besteller ist.

Wird der Besteller erst nach Abschluß des Werkvertrags und nach Hingabe der zu bearbeitenden Sache Eigentümer derselben, so entsteht das Pfandrecht erst mit dem Eigentumserwerb. Der Rang des Pfandrechts bemißt sich dann von diesem Zeitpunkt an.[2])

Der von Landshoff[3]) aufgestellte Satz, die Regel, daß das gesetzliche Pfandrecht des Unternehmers aus § 647 nur an eigenen Sachen des Bestellers zur Entstehung kommen könne, er leide eine große Reihe von Ausnahmen, hat sich bisher als nicht zutreffend erwiesen. Er ist, wie sich im folgenden ergeben wird, auch nicht zutreffend nach den Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb.

2. Keine Geltung des Satzes „Hand wahre Hand".

a) Geschichtliche Entwicklung des Satzes „Hand wahre Hand".

Der Grundsatz, daß nur im Eigentum des Schuldners (des Bestellers) stehende Sachen vom gesetzlichen Pfandrecht ergriffen werden können, wird auch durch den Satz „Hand wahre Hand" in keiner Weise berührt. Die Frage ist zwar ungemein bestritten und es stehen sich die bedeutendsten Autoritäten auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts gegenüber, aber im Laufe der Zeit haben sich immer mehr dieser Ansicht angeschlossen.

Es ist deshalb notwendig, die Frage eingehend zu prüfen, um so mehr als ihre Entscheidung die weittragendsten Folgen nach sich zieht.

Es bedarf einer genauen Erörterung, welche Gründe zur Einführung des Prinzips „Hand wahre Hand" für den Eigentumserwerb und für den Erwerb des rechtsgeschäftlichen Pfandrechts führten, um im Anschluß hieran das Fehlen dieser Gründe für den Fall des gesetzlichen Pfandrechtserwerbs zu beweisen.

[1]) S. 36, Anm. 65. [2]) Siber, S. 39 unten. [3]) S. 33.

Es muß dabei von dem Normalen ausgegangen werden, zu dem der Satz „Hand wahre Hand“ die Ausnahme bildet. Grundsätzlich kann nur der Eigentümer derivativen Erwerb an einer Sache herbeiführen und seine Sachen belasten. Diese Grundwahrheit fand im römischen Recht Ausdruck in dem Satz: nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet.[1]) Eine schroffe Anwendung dieses Grundsatzes ist aber geeignet einen Erwerber, der eine Sache im redlichen Glauben, sie gehöre dem Veräußerer, erwirbt, schwer zu schädigen. Er würde, wenn er die Sache noch nicht im Besitz hätte, sie ohne Ersatz herausgeben müssen, und wenn er die Sache bereits weiter veräußert hätte, so würde er dem Ersatzanspruch des von ihm Erwerbenden ausgesetzt sein. Stellt man sich dabei Fälle vor, wo der redliche Erwerber die Sache schon Jahre lang wirtschaftlich gebraucht hat, oder Fälle, wo die Sache bereits in die 4. oder 5. Hand gekommen ist, so würde sich eine Rechts- und Verkehrsunsicherheit ohnegleichen ergeben. Und wer würde die Schuld an diesem Ergebnis tragen? Gewiß nicht der redliche Erwerber; denn, ob die Sache dem Veräußerer gehört oder nicht, kann nicht äußerlich wahrgenommen und mit Bestimmtheit festgestellt werden. Dagegen kann der Eigentümer es verhindern, daß sein Eigentum durch einen Nichtberechtigten veräußert wird. Gibt er es nicht aus der Hand, so vermeidet er auch den Schein, als gehöre die Sache einem anderen.[2]) Darnach trägt also der Eigentümer an dem Irrtum regelmäßig die größere Schuld.

Das Ergebnis dieses Rechtszustandes, allgemein betrachtet, wäre noch weniger befriedigend: auf der einen Seite wären alle Erwerber empfindlichen Gefahren ausgesetzt, auf der anderen Seite würde der Wert aller Sachen wegen der Unsicherheit des Erwerbs sinken oder die Verwertbarkeit würde sich umständlich und schwerfällig gestalten.

Diese schweren Schäden konnte kein dem Leben angepaßtes Recht dulden. Deshalb hat das römische Recht dem gutgläubigen Erwerber durch eine im älteren Recht besonders kurze Zeit der Ersitzung verbunden mit der Bestimmung, daß der redliche Erwerber sich die Besitzzeit seines Rechtsvorgängers anrechnen dürfe, Schutz gewährt.

[1]) Ulp. L. 54 de R. I 50, 17.
[2]) Motive III, S. 344.

Einen anderen Weg beschritt das deutsche Recht. Es ging aus von dem Gedanken, daß an der Rechtsverwirrung, welche durch die Verfügung des Unberechtigten entsteht, der Eigentümer deshalb, weil er sein Vertrauen einem Unwürdigen geschenkt habe, im Grunde die Hauptschuld trage. Der Rechtsakt der Veräußerung wurde deshalb im Verhältnis zum Erwerber so angesehen, als habe der Eigentümer die Veräußerung selbst vorgenommen. Derjenige, dessen Recht unmittelbar durch unredlichen Erwerb geschädigt wurde, war geschützt. Hatte der Eigentümer seine Sache einem anderen anvertraut, und wurde dann die Sache diesem entzogen, so war der Eigentümer nicht unmittelbar berührt, er hatte keine Klage gegen den Dieb.[1]) Ebensowenig hatte er eine Klage gegen einen Dritten, an den sein Vertrauensmann die Sache veräußert hatte: Wer einem anderen Vertrauen schenkt, tut es auf seine eigene Verantwortung oder „wo man seinen Glauben gelassen hat, da soll man ihn suchen".

Damit standen sich die Prinzipien des römischen Rechts — Vindikation gegen jeden — und des deutschen Rechts — Vindikation nur gegen den ersten Besitznachfolger — schroff gegenüber.[2])

Eine Vermittelung fand in der Weise statt, daß für den Fall, daß dem Vertrauensmann die Sache gestohlen etc. worden war, eine Klage gegen jeden, für den Fall aber, daß der Vertrauensmann die Sache freiwillig jemandem hingegeben hatte, nur dem Vertrauensmann gegenüber gegeben, gegen jeden Dritten also versagt war. Außerdem modifizierte sich der Satz (unter dem Einfluß des römischen Rechts)[3]) noch dahin, daß das anvertraute Gut, wenn es der Dritte bosgläubig erworben hatte, von diesem unmittelbar vindiziert werden konnte.

So entstand folgendes Bild:

1. der Vertrauensmann veräußert das anvertraute Gut an einen gutgläubigen Dritten;
2. der Vertrauensmann veräußert das anvertraute Gut an einen bösgläubigen Dritten;
3. dem Vertrauensmann wird das Gut gestohlen etc.

---

[1]) Gierke, Deutsches Privatrecht, 2. Bd., S. 558. „Freiwillige Hingabe der Gewere schneidet die Fahrnisklage aus ungerechtfertigtem Verlust der Gewere ab."

[2]) Regelsberger, Der sogenannte Rechtserwerb vom Nichtberechtigten, in Iherings Jahrbücher 47, 349.

[3]) Goldschmidt, Zeitschr. f. H. R. 8, 264.

Im Fall 1 kann der Eigentümer nicht vindizieren; in den Fällen 2 und 3 kann er es.

Damit hatte sich der Schutz des bestehenden Rechts zugleich zu einem Schutz des redlichen Erwerbs gestaltet.[1])

Daneben darf man aber nicht vergessen, daß der Rechtserwerb vom Nichtberechtigten nicht allein im guten Glauben des Erwerbs wurzelt. Es wirken vielmehr hiebei auch Umstände mit, welche vom Eigentümer und vom nichtberechtigten Veräußerer veranlaßt sind, so daß man folgende Übersicht geben kann:

1. Eigentümer:
   a) Schenken des Vertrauens an einen Unwürdigen,
   b) aus der Were lassen der Sache.
2. Unberechtigter Veräußerer:
   a) Legitimation durch Besitz,
   b) die scheinbar rechtmäßige Verfügung.
3. Erwerber:
   a) guter Glaube,[2])
   b) Besitzerlangung durch Übergabe.

Die Unterabteilungen sind in gewissen Rechtsverhältnissen selbständig, mitunter verschwimmen sie ineinander, wie später dargetan werden wird.

Dies ist die geschichtliche Entwicklung des Satzes „Hand wahre Hand“ in groben Umrissen.[3])

b) Fehlen der Grundlagen für den Schutz des guten Glaubens beim gesetzlichen Pfandrecht des Werk-Unternehmers.

Kommen nun auch diese Ideen, wie sich aus dem Folgenden ergeben wird, auch bei der Pfandbestellung durch einen Nichtberechtigten in Betracht, so wird sich doch zeigen, daß der Satz „Hand wahre Hand“ nicht nur niemals auf das gesetzliche Pfand-

---

[1]) Regelsberger, a. a. O. S. 349.

[2]) Wendt, Erwerb von einem Nichtberechtigten, Archiv f. ziv. Praxis 89, S. 17 unten „der gute Gl. des Erwerbers ist doch nur ein Teil eines Gesamttatbestandes und hat für sich allein noch nicht die Wirkung, das Eigentum zu begründen, sondern erst in Gemeinschaft mit den übrigen Stücken des Gesamtvorganges“.

[3]) Genaueres hierüber Erich Kern, Entwicklung des Grundsatzes „Hand muß Hand wahren“. Breslau 1881.

recht Anwendung fand, sondern daß er auch im Rechte des B. G. B. aus wichtigen inneren und äußeren Gründen nicht darauf übertragen werden darf.[1])

Bei dem ersten Faktor, der zur Bildung des Rechtserwerbes vom Nichtberechtigten mitwirkt, nämlich dem Vertrauenschenken des Eigentümers, das sich in dem „aus der Were lassen" äußert, zeigt sich kein Gegensatz. Das ist der Grund, der vorhanden sein muß, wenn man sich gutgläubigen Erwerb überhaupt denken will.

Dies „aus der Were lassen" gibt nun die Veranlassung, daß derjenige, der damit die Verfügungsgewalt über die Sache erhalten hat, durch den Besitz auch nach außen als verfügungsberechtigt legitimiert wird. Dazu kommt noch, daß er diesen durch den Besitz verliehenen Schein des Rechts noch dadurch verstärkt, daß er auch selbst sich so benimmt, als habe er ein Verfügungsrecht, indem er nämlich wirklich verfügt, d. h. dem Pfandgläubiger die tatsächliche Macht über die Sache genau so verschafft wie ein Eigentümer. Es liegt also ein objektives und subjektives Moment bei der Pfandbestellung vor, welche beide den Pfandgläubiger in der Annahme bestärken, er erwerbe das Pfand vom wahren Eigentümer. Man kann sie kurz bezeichnen mit „Legitimation durch den Besitz" und „tatsächliche Verfügung mit dem Scheine des Rechts". Beide liegen auf Seite des unrechtmäßig Belastenden.[2])

Nun steht fest, daß beide Umstände beim gesetzlichen Pfandrecht des Unternehmers keineswegs die gleiche Rolle spielen bzw. überhaupt fehlen. Der Gegenstand des Rechtsgeschäftes ist nicht wie bei der Pfandbestellung der Erwerb des Pfandrechts, sondern die Werkfertigung gegen Vergütung. Der Besitz des Bestellers ist Nebensache. Ob das Dienstmädchen, das den zerbrochenen Spiegel

---

[1]) So auch C. F. Gerber, System des deutschen Privatrechts, 17. Aufl., § 102; Goldtschmidt in der Zeitschrift für Handelsrecht 8, S. 246; 9, S. 1 ff.

[2]) Dabei ist zu beachten, daß nicht die Tätigkeit des Nichtberechtigten trotz mangelnden Eigentums des Veräußerers zum Rechtserwerb führt, sondern das „durch die Umstände gerechtfertigte Vertrauen des Erwerbers in den rechtlichen Erfolg" (Regelsberger, a. a. O., S. 356). Hier handelt es sich zunächst darum, ob beim Unternehmerpfand wirklich Umstände vorliegen, welche ein solches Vertrauen rechtfertigen. Ferner ist zu betonen: Wenn man schon (was jedoch absolut nicht zwingend ist) dem guten Glauben die alleinige Bedeutung beilegt, so muß man sich fragen; worauf bezieht sich denn dieser gute Glaube? Was ist sein Inhalt? Die obigen Erörterungen sind deshalb nicht nur erlaubt, sondern sogar notwendig.

zum Einglasen bringt, Eigentümerin desselben ist, stört die Ermöglichung des Vertragszweckes nicht. Der Unternehmer würde den Abschluß des Werkvertrags nicht ablehnen, wenn ihm das Dienstmädchen erklären würde, nicht sie, sondern ihre Herrschaft sei Eigentümerin. Ganz gewiß würde aber der Unternehmer in einem solchen Falle eine vertragliche Pfandbestellung ablehnen. Man sieht hieraus, wie wesentlich im letzteren Fall die Frage nach dem Eigentümer ist, im Gegensatze zu dem Fall, wo es sich um das gesetzliche Pfandrecht handelt. Das gesetzliche Pfandrecht ist im Verhältnis zum Vertrag nebensächlich, es ist weder Beweggrund, noch Objekt des Vertrages. Für den Abschluß des Werkvertrags wird die Frage nach dem Eigentümer nicht beachtet, während für die Pfandbestellung hierauf entscheidendes Gewicht gelegt wird. Es ist doch ein großer Unterschied, ob, wie beim Schutz des redlichen Erwerbs sich Wille und Denken der Parteien ausschließlich auf den durch das Gesetz geschützten Erwerbsakt konzentriert, ob sich die Arbeit, das Rechtsgeschäft in dem Endzweck erschöpft, ob das Ziel der Endzweck ohne diesen Schutz schlechterdings stets ein zweifelhaftes, unsicheres Gut bleiben muß, oder ob das vom Gesetz geschützte Rechtsinstitut nur ein Akzessorium eines anderen Rechtsinstituts ist, auch ohne das der geplante und ausgeführte Vertrag nie völlig hinfällig werden kann.

Deshalb dort ein Achten auf die Umstände (wie Besitz, Verfügung), die den Glauben an das Eigentum des Verpfänders rechtfertigen, hier mangels der Bedeutung des Glaubens für den Endzweck des Geschäftes ein Hinweggehen über diese Umstände, eine regelmäßige Vernachlässigung der an sich möglichen Nachforschung, auch wo Anlaß zu weiteren Nachforschungen vorläge. Es fehlt eben kurz gesagt, am Pfandvertrag (über das Fehlen einer entsprechenden Übergabe später). Der Vertrag kann aus den angegebenen Gründen nicht durch den Tatbestand des § 647, welchem eine „bewußte Verfügung“ [1]) auf der einen, ein „bewußtes Wollen (Einigung) und in Empfang nehmen“ auf der anderen Seite mangelt, ersetzt werden.

Dieses Zurücktreten der „Legitimation durch den Besitz“ gewinnt noch an Tragweite, wenn man der Ansicht folgt, daß der

[1]) Paul Neuburger, Der Schutz des gutgläubigen Pfandrechtserwerbes. Leipzig 1904, S. 75.

Grund des Rechtserwerbes in der formalen Verfügungsmacht, die der Gesetzgeber dem Besitzer gegeben hat, zu suchen ist.[1])

Im folgenden wird darüber gehandelt werden, daß beim Tatbestand des § 647 überhaupt keine Verfügung, am allerwenigsten eine unrechtmäßige Verfügung getroffen wird; daß es sich nur um einen rein tatsächlichen Akt handelt, der schon im alten deutschen Recht nicht als ein „aus der Were lassen", erachtet wurde. Es wird ferner gezeigt werden, daß dieser Akt keinen Vertrauensbruch darstellt und somit auch nicht der Eigentümer die unberechtigte Verfügung verschuldet haben kann, weil eben eine solche gar nicht vorliegt. Es kann also hier überhaupt nicht „vom Rechtserwerb vom Nichtberechtigten" kraft Gesetzes gesprochen werden, da ein „Nichtberechtigter" fehlt.[2]) Diese vom Recht mißbilligte Handlung des „Nichtberechtigten" kann aber nicht durch Rechtsvorschrift ersetzt werden, weil das Gesetz von ihm selbst verpönte Tatbestände nicht fingieren darf. Daraus ergibt sich, daß mit dem Fehlen einer notwendigen Voraussetzung der Anwendung des Satzes „Hand wahre Hand" die Anwendung selbst nicht möglich ist.

Im näheren ergibt sich folgendes:

Die Hingabe des Stoffes zur Herstellung oder Ausbesserung an den Unternehmer stellt sich nicht als eine Verfügung[3]) des Bestellers dar. Richtig bemerkt Neuburger[4]) „ohne Zutun (des Be-

[1]) Gierke, Deutsches Privatrecht § 32, Not. 2. „Die Rechtsordnung verleiht dem durch .... die Innehabung (der Fahrnissache) .... äußerlich legitimierten Veräußerer eben eine formale Verfügungsmacht, kraft deren er unter Umständen fremdes Recht zu übertragen imstande ist." Ebenso: Endemann, B. G. B., Bd. 2, Teil I, S. 527, Note 13; Pappenheim in der Zeitschrift für Handelsrecht 46, 525. Crome System, Tübingen 00, Bd. 1, § 71, Ziff. 4 lit. b; Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Leipzig 1903, Bd. I, S. 275; Wendt, Erwerb von einem Nichtberechtigten im Archiv für zivilist. Praxis 89, S. 76. Ausführlich über diese Frage: Regelsberger in Iherings Jahrbücher 47, S. 353 ff.

[2]) Zur gegenteiligen Auffassung könnte man nur kommen, wenn man annimmt, das gesetzliche Pfandrecht sei ein stillschweigend bestelltes. Dies würde aber der mit Absicht (Motive II, S. 404) gewählten Bezeichnung „gesetzliches Pfandrecht", widersprechen.

[3]) „Die Verfügung umfaßt .... nur solche Geschäfte, welche in Bezug auf ein Recht eine Änderung, insbesondere Aufhebung, Veräußerung oder Belastung enthalten". Fischer = Henle, 8. Aufl., München 1909, Vorbemerkung zu § 104, S. 55.

[4]) A. a. O. S. 75.

stellers) wäre für eine dritte Person das Recht entstanden, die Hand auf die Sache zu legen.“ Die Hingabe des Stoffes bezweckt so wenig eine Rechtsänderung wie etwa die Einbringung von Sachen in ein Miethaus. Deshalb kann die Hingabe des Bestellers nicht mit der Übergabe des Verpfänders identifiziert werden.

Jenes obenerwähnte subjektive Moment „tatsächliche Verfügung mit dem Scheine des Rechts „fehlt vollständig. Während bei jeder Pfandbestellung die ausdrückliche oder stillschweigende Garantie vom Verpfänder gegeben wird, daß er Eigentümer sei, mangelt hier eine solche Willenserklärung vollständig. Nicht eine Willenserklärung bringt das Pfandrecht zur Entstehung, sondern „ein davon verschiedener Tatbestand“,[1]) nämlich der vom Gesetz festgelegte Tatbestand.

Man kann auch nicht davon sprechen, daß der Besteller, der nicht Eigentümer ist, zur Hingabe nicht berechtigt sei. Der Besteller, der z. B. eine geliehene Sache beschädigt hat, darf sie zweifellos ausbessern lassen.

Nun liegt der entsprechende Tatbestand beim Vertragspfandrecht so: Der Eigentümer will nicht verpfänden, der Vertrauensmann will dies und tut dies gegen den Willen des ersteren. Beim gesetzlichen Pfandrecht des § 647 will der Eigentümer selbstredend seine Sache auch nicht verpfändet haben, aber hier kommt das Besondere — der Besteller will es auch nicht.[2]) Dieser Wille der Parteien hat beim Vorliegen eines gesetzlichen Pfandrechts allerdings keine Bedeutung, aber — das gesetzliche Pfandrecht fingiert überhaupt nicht irgend einen Willen, es fingiert also im besonderen nicht, der Eigentümer sei, wenn er z. B. gegen die Reparatur nichts einzuwenden habe, auch stillschweigend damit einverstanden, daß der Werkvertrag auch bezüglich des § 647 keine Ausnahme machen solle. Es darf aber nicht angenommen werden, daß das Gesetz dieselbe Maßregel, die es für den Fall eines unrechtmäßigen Handelns getroffen hat, auch dann anordnet, wenn eine solche unrechte Handlung gar nicht vorhanden sei.

Man muß weiter berücksichtigen, daß die Tendenz des Gesetzes bei Aufstellung der Vorschrift des § 647 dahinging, einen böswilligen Schuldner zu treffen bei der Anwendung des Satzes „Hand wahre

[1]) Rspr. O. L. G., Bd. 4, S. 330.

[2]) Er ist sich auch der Möglichkeit, daß ein Pfandrecht entstehen könnte, meist aus tatsächlichen Gründen nicht bewußt.

Hand“ auf das gesetzliche Pfandrecht des § 647 würde die Bestimmung aber einen gänzlich Unbeteiligten ohne jeden Grund treffen. Ohne jeden Grund! Wenn der Eigentümer im Falle der Pfandbestellung geschädigt wird, so hat das, wie erwähnt, seinen guten Grund. Er hat durch die Aufgabe der Innehabung die Möglichkeit unberechtigter Verfügung in erster Linie verursacht.[1]) Beim gesetzlichen Pfandrecht aber, wo gar keine unberechtigte Verfügung vorliegt, ist durch den Eigentümer keinerlei Rechtsverwirrung eingetreten. Man kann ihm deshalb auch keine Schuld aufbürden. Wollte man das Gegenteil annehmen, so müßte man konsequenterweise auch beim Vermieterpfandrecht in der leihweisen Überlassung von Möbelstücken an den Mieter die Ermöglichung einer unberechtigten Verfügung (Einbringung) erblicken, für die eventuell der Eigentümer die Folgen zu tragen habe. Eine derartige Anordnung hat aber das Gesetz nicht getroffen, vielmehr sind die auf eine solche Regelung abzielenden Anträge sämtlich abgelehnt worden[2]) mit der ausdrücklichen Begründung, daß das Pfandrecht hier nicht an einen rechtsgeschäftlichen Akt, sondern an einen rein tatsächlichen Akt anknüpfe, d. h., daß es sich hier nicht um eine unberechtigte Verfügung handeln könne.

Es versteht sich von selbst, daß dann auch nicht von einem Vertrauensbruch des Bestellers gesprochen werden kann. Ein solcher müßte aber notwendigerweise vorliegen, wenn der Satz „Hand wahre Hand“ angewendet werden wollte. Der Eigentümer, der die Sache dem Besteller im Vertrauen auf dessen Ehrlichkeit hingibt, glaubt der Besteller werde die Sache nicht veräußern, noch belasten. Der Besteller ist auch so ehrlich, aber das gesetzliche Pfandrecht würde ihn — die Gültigkeit des Satzes „Hand wahre Hand“ vorausgesetzt — im Falle der Insolvenz der Sache berauben. Meines Erachtens würde der Schaden außerhalb des Vertrauens liegen. „Wie könnte hier“, fragt Neuburger[3]) mit Recht, „dem Eigentümer der Vorwurf gemacht werden, er habe sein Vertrauen einem Unwürdigen geschenkt“? Der Eigentümer müßte darnach „außer der persönlichen

[1]) Motive III, 348: „Der Regelfall ist, daß dem Inhaber die Inhabung von Eigentümer überlassen ist. Für diesen Regelfall rechtfertigt es sich, dem Prinzip „Hand muß Hand wahren“ zu folgen und den Eigentümer gegenüber einem gutgläubigen Erwerber die Gefahr einer unrechtmäßigen Verfügung des Inhabers tragen zu lassen“.

[2]) Mugdan, Materialien 2, S. 858. [3]) S. 75.

Vertrauenswürdigkeit“ [1]) auch noch die Solvenz jetzt und — für die Zukunft[1]) zu prüfen haben.

Bezeichnend für die Frage des Vertrauensbruches werden noch folgende kurze geschichtliche Bemerkungen sein.

Merkwürdigerweise hat das alte deutsche Recht die Hingabe an den Handwerker zur Werkfertigung nicht als ein „aus der Gewere lassen“ aufgefaßt;[2]) denn hier war dem Eigentümer die Anefangsklage gegeben. Hierin waren die Handwerker dem Gesinde gleichgestellt. Offenbar wurde das Verhältnis dieser beiden Stände zum Arbeitgeber ähnlich aufgefaßt, wie das des Besitzdieners (nach § 855 B. G. B.) zum Auftraggeber, denn gemeinsam war ihnen, daß sie den Anweisungen des Herrn bezüglich der Sache Folge zu leisten hatten, während dies beim Mieter, Pächter etc. nicht der Fall war. Eine vollständige Gleichstellung trifft aber nicht zu, denn 1. durfte der Handwerker die bearbeitete Sache, wenn er keinen Lohn erhielt, verpfänden, der Dienstbote dagegen nicht; 2. konnte der Herr die dem Handwerker anvertraute, diesem gestohlene Sache nicht von jedem Dritten vindizieren, dagegen aber die dem Dienstboten anvertraute. Von Interesse ist hierher nur, daß die Hingabe an den Handwerker zur Bearbeitung nicht als Aufgabe der Gewere, nicht als eine Verfügung, die sachenrechtlich irgend eine Änderung herbeiführte, betrachtet wurde. In der Anschauung, daß die Hingabe von Sachen an Hausgesinde etc. keinen Besitz, sondern nur Besitzdienerschaft begründe, liegt noch ein letzter Überrest der obigen Rechtsansicht.

Mit der Annahme, daß der Besteller durch die Hingabe an den Werkmeister sich keiner unberechtigten Verfügung schuldig

---

[1]) S. 75.

[2]) Herbert Meyer, Entwerung und Eigentum im deutschen Fahrnisrecht. Jena 1902 S. 76.

„Endlich finden wir noch eine Kategorie von Sachen, bei denen Anefang stattfindet, bei denen also Entwerung vorliegen muß; das sind die von Handwerkern, denen sie zur Bearbeitung übergeben waren, veräußerten Sachen“. Siehe auch die in der Einleitung hierüber angeführten Bemerkungen.

Erich Kern, Entwicklung des Grundsatzes „Hand muß Hand wahren“, Breslau 1881 S. 25 ff. insbes. S. 27 Anm. 75.

P. Laband, Die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters, Königsberg 1869 S. 82 ff. Rich. Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte 5. Aufl. Leipzig 1907 S. 729 Anm. 8.

Rich. Löning, Vertragsbruch I Straßburg 1876 S. 411 ff.

Otto Gierke, Deutsch. Privatrecht, 2. Bd. Leipzig 1905 S. 559.

macht, ist der Unternehmer nicht mehr wegen Täuschung eines besonderen Schutzes bedürftig. Er kann sich nicht mehr darauf berufen, daß er aus dem Veräußerungs- oder Verpfändungsgeschäft notwendig den Schluß ziehen mußte, der Besteller sei Eigentümer. Der Abschluß des Werkvertrags erlaubt ihm diese Schlußfolgerung nicht. Kann der Unternehmer irgend eine andere vertragsmäßige Anwartschaft auf das gesetzliche Pfandrecht erwarten als die, er werde die Sache kraft des vom Gesetz ausgesprochenen Machtspruches erhalten, wenn die Sache dem Besteller gehöre? Das nimmt auch im Verkehrsleben niemand an. Man frage doch irgend einen Handwerksmann, ob er glaube, daß er, wenn ihm A Sachen zur Reparatur gebe, die dem A gar nicht gehören, diese Sachen als Pfand behalten und verkaufen könne, wenn ihn A nicht bezahle. Er muß deshalb fragen, wer Eigentümer sei und hienach sein Verhalten einrichten. Fragt er nicht, so hat er den Schaden selbst zu tragen. Fragt er aber und erhält eine unwahre Auskunft und fertigt mit Rücksicht hierauf das Werk, so ist er eben einem Betruge zum Opfer gefallen. Gegen alle deliktischen Handlungen kann aber das Zivilrecht von vornherein Prohibitivmaßnahmen nicht treffen. Der Unternehmer kann gegen Schädiger aus dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung eventuell auch der Bereicherung vorgehen. Der strafrechtliche Schutz steht ihm natürlich auch zu.

Somit liegt also auf Seite des Bestellers, der nicht Eigentümer ist, kein Rechtsgeschäft vor, auf Grund dessen der Unternehmer eine berechtigte Anwartschaft auf das Pfandrecht hätte.

Ferner haben wir auf Seite des Bestellers keinen Vertrauensbruch, der es rechtfertigen würde, dem Eigentümer mit Rücksicht darauf, daß er sein Eigentum einem Unwürdigen anvertraut hat, den Schaden zur Strafe für sein Vertrauen aufzuerlegen.

Diese das Vertrauenspfandrecht beherrschenden Grundlagen (Pfandvertrag und Übergabe) fehlen beim gesetzlichen und können daher auch nicht wie dort zur Anwendung des Satzes „Hand wahre Hand“ führen.

Die Verschiedenheit der Verhältnisse verhindert also eine „entsprechende Anwendung“, wie sie § 1257 verlangt.

Die „entsprechende Anwendung“ würde aber auch eine Gleichheit des Zweckes verlangen. Auch diese fehlt. Beim Vertragspfandrecht soll durch den Schutz des guten Glaubens — wie schon oben ausgeführt — eine Rechtsverwirrung, eine gefährliche Verkehrs-

unsicherheit vermieden werden. Der Pfandrechtserwerber hat das größte Interesse daran, daß das Pfandgeschäft, so wie es die Parteien gewollt haben, gültig bleibt, daß ihm sein Erwerb nicht vereitelt wird. Müßte im Falle der Vindikation des Eigentümers der Pfandrechtserwerber das Pfand herausgeben, so würde das ganze Pfandgeschäft illusorisch gemacht und er hätte außerdem sein Entgelt für die Pfandhingabe verloren. Anders beim Unternehmerpfandrecht. Hier wird bei Eigentumsvindikation das Rechtsgeschäft selbst, der Werkvertrag nicht berührt. Was noch wichtiger ist: die Verkehrssicherheit wird nicht gestört; dem Unternehmer bot der Werkvertrag keine Anhaltspunkte, sich auf das Eigentum des Bestellers zu verlassen, von einer Ungewißheit des Erwerbes, welche gerade für die Einführung des Schutzes des guten Glaubens maßgebend war, kann hier nicht die Rede sein.

Bei der Pfandbestellung ist der Beweggrund der Parteien der: einer Schuld eine dingliche Sicherung zu geben, beim Werkmeisterpfandrecht geht der Zweck des Gesetzes dahin, den Schuldner aus dem Werkvertrag auch noch dinglich festzuhalten, er geht aber nicht dahin, einen unbeteiligten Dritten für die Schuld dinglich haften zu lassen.

Bei der Pfandbestellung bestimmen zunächst die Parteien die sachenrechtliche Änderung und das Gesetz trifft nur eine Vorschrift für den Fall, daß eine der Parteien eine unberechtigte dingliche Verfügung getroffen hat.

Beim Werkvertrag bestimmt das Gesetz die sachenrechtliche Änderung selbst, keine der Parteien trifft eine dingliche Verfügung und trotzdem soll es so gehandhabt werden, als hätte eine der Parteien eine unberechtigte dingliche Verfügung getroffen. Das wäre die Fiktion eines Unrechts, die in keiner Weise gerechtfertigt wäre. Deshalb darf und kann der gute Glaube des Unternehmers nie geschützt werden, wenn beim Abschluß des Werkvertrages die Eigentumsverhältnisse überhaupt nicht beachtet werden.[1]) Etwas anderes ist es natürlich — wie schon betont wurde — wenn beim Abschluß

[1]) Hier sind auch die Bestimmungen des Gesetzes vom 21. Juli 1879 betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens sowie die Vorschrift des § 1362 B. G. B., wonach zu Gunsten der Gläubiger des Mannes vermutet wird, daß die im Besitz eines oder beider Ehegatten befindlichen beweglichen Sachen dem Manne gehören, in Betracht zu ziehen.

des Werkvertrages der Besteller den Unternehmer über die Eigentumsfrage arglistig täuscht. Hier begeht der Besteller ein zweifelloses Unrecht; da für diesen Fall das Gesetz keine entsprechende Bestimmung getroffen hat, so hat es offenbar den vorhandenen zivil- und strafrechtlichen Schutz gegen deliktische Handlungen für ausreichend gehalten.

Dieses Ergebnis „öffnet“ keineswegs, wie Landshoff[1]) meint, „einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Handlungsweise Tür und Tor. Das von ihm zum Beweis angeführte Beispiel beweist nichts. Der Unternehmer hat erfahren, daß der Stoff nicht dem Besteller gehört, der Besteller erklärt sich aber bereit, die Einwilligung des Eigentümers zur Herstellung des Werkes zu beschaffen, und letzterer teilt dem Unternehmer in der Tat sein Einverständnis in die vorzunehmende Bearbeitung mit“. Landshoff meint im Anschlusse an dieses Beispiel, man dürfe sich „zur Verhütung einer solchen Handlungsweise“ nicht an den strikten Wortlaut des § 647 halten. Es besteht kein Zweifel, daß in dem angeführten Tatbestand der Beitritt des Eigentümers zum Werkvertrag zu sehen ist.[2]) Der Eigentümer wird Schuldner, wie der Besteller und somit haftet auch seine Sache pfandrechtlich. Aber selbst angenommen, im angegebenen Tatbestand wäre eine unzweideutige Erklärung des Eigentümers dahin zu finden, daß er dem Vertrag nicht beitreten will, dann weiß ja der Unternehmer erst recht, wie er daran ist, nämlich daß der Eigentümer mit den Kosten der Herstellung nichts zu tun haben will. Der Unternehmer kann dann die Herstellung ablehnen. Von einem Verstoß gegen Treu und Glauben ist hier nicht zu sehen. Übernimmt der Unternehmer trotz des ausdrücklichen Abseitsstehens des Eigentümers die Arbeit, so wird er vielleicht wegen eines freiwillig übernommenen Risikos (des Kredits) Schaden leiden. Die Enttäuschung darf aber nicht als ein Verstoß gegen Treu und Glauben von Seite desjenigen aufgefaßt werden, der eine Sicherung verweigert, zu der er nicht verpflichtet ist. Gegen die Gefahr, die aus

[1]) S. 35.

[2]) Nicht aber läßt sich daraus abnehmen, daß der Eigentümer nicht beitritt, aber doch die ihm gehörenden Sachen dem gesetzlichen Pfandrecht durch seine Tätigkeit unterwirft. Der von Landshoff ausgeführte Gedanke nähert sich bedenklich dem im römischen Vermieterpfandrecht ausgesprochenen Satz von der stillschweigenden Verpfändung. Diese ist aber vom B. G. B. verworfen worden.

freiwillig gewährtem Kredit droht, gibt das B.G.B. grundsätzlich keinen Schutz und könnte dies auch ohne schwere Schädigung des Verkehrs nicht tun. Es besteht keinerlei Veranlassung, mit einer gesetzlichen Schutzmaßregel da einzugreifen, wo der Private sich selbst schützen kann.

Außer den bis jetzt angeführten inneren Gründen spricht auch noch der Wortlaut des Gesetzes und die Analogie des Vermieterpfandrechts gegen eine Anwendung des Satzes „Hand wahre Hand“ auf das gesetzliche Pfandrecht des § 647.

Ausschlaggebend ist hier § 1257:

> „Die Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht finden auf ein kraft des Gesetzes entstandenes Pfandrecht entsprechende Anwendung.“

Es wird also ein bereits entstandenes gesetzliches Pfandrecht vorausgesetzt. Damit ist die Anwendung der Vorschriften über die Entstehung von Vertragspfandrechten auf die Entstehung von gesetzlichen Pfandrechten ausgeschlossen. Diese Interpretation „nach dem Buchstaben“ hat anfangs manchen Widerstand gefunden. Sie ist aber durchaus berechtigt. Die Wortfassung wurde nicht willkürlich, sondern absichtlich so gewählt. Die Motive (III, 797) betonen, daß „die Voraussetzungen der Begründung der gesetzlichen Pfandrechte lediglich dem betreffenden Gesetze zu entnehmen seien und auch eine aushilfsweise Heranziehung der Vorschriften über die rechtsgeschäftliche Begründung kaum in irgend einem Punkte gerechtfertigt sei“.

Dieser Auffassung entsprechend, heißt es bezüglich des Vermieterpfandrechts in den Motiven (II, 405): „Ein Bedürfnis zu dieser Ausdehnung des Grundsatzes »Hand wahre Hand« ist jedoch nicht anzuerkennen. Nach dem Entwurfe findet derselbe auf gesetzliche Pfandrechte überhaupt keine Anwendung.“ Man wird in den späteren Vorarbeiten zum B.G.B. vergeblich nach einer Änderung dieses prinzipiellen Standpunktes suchen, vielmehr sind, ihm folgend, die Vorschriften über die Entstehung der einzelnen gesetzlichen Pfandrechte nicht unter demselben Titel, welcher die Entstehung der Vertragspfandrechte regelt, getroffen, sondern außer Zusammenhang damit an den verschiedensten Stellen des Gesetzbuches.

Eine weitere Stütze findet unsere Auslegung des § 1257 im § 366 Abs. 3 H.G.B. Hier wurde ausdrücklich betont, daß das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs, des Spediteurs, des Lager-

halters und des Frachtführers dem vertragsmäßigen Pfandrecht derselben Handelspersonen, wie es der Abs. 1 des § 366 H.G.B. festgelegt hatte, auch bezüglich des Schutzes des guten Glaubens vollständig gleichstehen solle. Wozu wäre diese Vorschrift notwendig gewesen, wenn es sich nach dem § 1257 B.G.B. von selbst verstanden hätte, daß gesetzliche Pfandrechte auch bezüglich des Schutzes des guten Glaubens ganz gleich behandelt werden sollten. Die Denkschrift zum H.G.B.[1]) weist auch ausdrücklich auf diesen Gegensatz zwischen dem § 1257 B.G.B. und der Vorschrift des § 366 Abs. 3 H.G.B. hin.[2])

Aber selbst wenn man das Zwingende dieser Gründe, der sich nun auch Staub im Gegensatz zu 6/7. Auflage und Kober-Staudinger[3]) ebenfalls im Gegensatz zu früher angeschlossen haben, leugnen wollte, erlaubt § 1257 immerhin nur eine „entsprechende Anwendung". Der inneren und äußeren Verschiedenheit, mit der vertragsmäßige und gesetzliche Pfandrechte zur Entstehung kommen, „entsprechend" dürfte aber, wie oben angezeigt, eine Anwendung nicht stattfinden.

Endlich muß auch die analoge Behandlung des Vermieterpfandrechts berücksichtigt werden. Hiemit ist insbesondere der von Landshoff[4]) vertretenen Ansicht zu begegnen, der Eigentümer habe doch aus der Bearbeitung genau die nämlichen Vorteile wie der Besteller und die Sachen des Eigentümers würden vollkommen ebenso dem Vertrag unterworfen, als wenn sie Eigentum des Bestellers wären. Landshoff schließt mit den Worten: „Es geht nicht an, dem Eigentümer lediglich die Vorteile aus dem Werkvertrage zu gewähren und denjenigen, der durch seine Arbeit diese Vorteile herbeigeführt hat, um den Lohn seiner Tätigkeit kommen zu lassen, trotzdem die Mühe, die er auf die Herstellung des Werkes verwandt hat, dem Willen des Eigentümers gemäß gewesen ist."

Es ist nicht richtig, daß die Sachen vollkommen ebenso dem Vertrag unterworfen sind, als wenn sie Eigentum des Bestellers wären. Nur der Besteller kann alle näheren Anordnungen und Anweisungen für Ausführung treffen, er allein kann auch nur z. B. kündigen. Ein direktes Vertragsverhältnis besteht nicht zwischen dem Unternehmer und dem Eigentümer, weil die Parteien es nicht

---

[1]) S. 208.

[2]) Staub, H.G.B. II, S. 1350. Rspr. O.L.G. 4, 330 etc. Düringer-Hachenburg II, Mannheim 1905, I. Aufl. 474, ebenso II. Aufl. 1910, S. 629 ff.

[3]) 3/4. Aufl. Sachenrecht S. 894 II, 1.

[4]) S. 34.

gewollt haben. Die Parteien, die nach ihrem eigenen Willen in keinerlei Rechtsbeziehungen stehen wollen, sollen nach Landshoff gewaltsam in solche gebracht werden. Dies kann nur in der Annahme geschehen, es liege ein stillschweigendes Pfandrecht[1]) vor. Das B.G.B. kennt aber kein solches.

Im römischen Recht erschienen allerdings, was das Vermieterpfandrecht betrifft, die Juristen „als Interpreten, welche den Parteien ihren Willen abzulauschen suchen".[2]) Wegen dieser grundverschiedenen Voraussetzungen darf man auch das gemeinrechtliche Vermieterpfandrecht zur Vergleichung nicht heranziehen. Insbesondere muss man auf das schärfste auseinanderhalten, ob der Eigentümer dem Besteller seine Zustimmung zur Hingabe zwecks Bearbeitung oder zur Hingabe zwecks Verpfändung gegeben hat. Landshoff hat aber ohne weiteres beim Vorliegen der ersteren die letztere als stillschweigend mitgegeben unterstellt. Den gleichen Fehler begeht M. E. Neudecker[3]): „Gebe ich jemand mein Buch, damit er es in seinem eigenen Namen beim Buchbinder binden lasse, so ist ein Pfandrecht des Buchbinders entstanden. Das Geben des Buches zum Binden, die Hingabe des Buches kraft Werkvertrag bedeutet zugleich eine Verfügung über das Buch. In meinem Auftrag, der Grundlage der »indirekten« Stellvertretung, liegt zugleich die »Einwilligung« zur Verfügung. Die Verfügung des »indirekten« Stellvertreters ist also nach § 185 wirksam."

Dieser Auffassung liegt der Gedanke zu Grunde, „die Hingabe des Buches kraft Werkvertrags" bringe das Pfandrecht zur Entstehung und es sei da die Einwilligung zu dieser Verfügung gemäß § 185 B.G.B. wie die Verfügung selbst behandelt werden müsse, für die Entstehung des Pfandrechts ganz gleich, ob der Besteller kraft eigenen Rechtes oder als mittelbarer Stellvertreter die Hingabe bewirke.

Zunächst muß bemerkt werden, dass § 185 auf gesetzliche Pfandrechte darum keine Anwendung finden kann, weil diese nicht kraft einer privaten Verfügung entstehen.[4]) Außerdem bezieht sich § 185

[1]) Mit Recht bemerkt Dernburg (Pfandrecht I, S. 303), die Annahme der stillschweigenden Zustimmung des Eigentümers zur Verpfändung sei eine konsequente Folgerung aus der Annahme der stillschweigenden Verpfändung durch den Mieter überhaupt gewesen.

[2]) Dernburg, Pfandrecht I, S. 305.

[3]) Beiträge zur Lehre von der mittelbaren Stellvertretung in Grünhuts Zeitschrift Bd. 36, S. 45 Ziff. 3.

[4]) So auch Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen Berlin 1909, S. 111.

nicht auf einseitige Rechtsgeschäfte, wie hier die Hingabe.[1]) (Dem Rechtsgeschäft will ja, wie das Beispiel annimmt, der Eigentümer auch gar nicht beitreten). Wollte man das Ergebnis von Neudecker billigen, so müßte man konsequenterweise den Eigentümer in sämtliche dingliche Pflichten und Rechte, wie sie sich durch den Abschluß des Werkvertrages ergeben, eintreten lassen, man müßte ihm also auch das Recht zuerkennen, das Werk auf Grund des Werkvertrags herauszuverlangen. Damit wäre aber jede mittelbare Stellvertretung in eine unmittelbare verwandelt. Und warum sollte denn der mittelbar Vertretene dinglich haften, wenn sich die dingliche Haftung aus § 657 nach dem klaren Wortlaut („für seine Forderungen aus dem Vertrage") lediglich als Accessorium der obligatorischen Haftung darstellen soll. Das Prinzip kann nicht angetastet werden, daß sich durch mittelbare Stellvertretung regelmäßig weder ein obligatorisches, noch ein dingliches Band zwischen dem mittelbar Vertretenen und dem Dritten knüpft. Hier scheint ebenso wie bei Landshoff der Wunsch, dem Unternehmer das Pfandrecht nicht entgehen zu lassen, der Vater des Gedankens gewesen zu sein.

Indessen ist unser Ergebnis nicht unbefriedigender als beim Vermieterpfandrecht, läuft vielmehr diesem parallel. Auch hier haben Ehefrau, Kinder und Untermieter zweifellos auf Kosten des Vermieters wirtschaftliche Vorteile gehabt [das Gesetz hat das auch nicht übersehen[2])] und trotzdem wurde dem Vermieter an den Sachen dieser Personen kein Pfandrecht gegeben. Der Grund dafür war der, daß nach Landshoff[3]) angeblich der Billigkeit so sehr entsprechende Ergebnis auf der andern Seite zu den größten Unbilligkeiten führen würde.[4]) Dies trifft auch für das Unternehmerpfandrecht zu. Der Eigentümer mußte ganz genau mit seiner Sache so haften, als wenn er den Vertrag selbst abgeschlossen hätte, obwohl er vielleicht gar nichts davon weiß. Denn die Pfandsache haftet nach § 647 für die Forderungen des Unternehmers aus dem Vertrage, so daß also der

[1]) Staudinger I, S. 568, 2.

[2]) Motive II, 405 „dafür läßt sich geltend machen, daß ihnen die aus dem Mietvertrage für den Mieter entspringenden Vorteile mit zu Gute kommen und daß andererseits die Vermieter erfahrungsgemäß erheblichen Benachteiligungen ausgesetzt sind, wenn jene Ausdehnung nicht gilt".

[3]) S. 34.

[4]) Motive II, 405 „auch der Entwurf hat sich gegen eine solche Haftung entschieden, weil sie nur geeignet ist, ungerechte Härten und mißliche Verwicklungen hervorzurufen".

Eigentümer womöglich auch auf diese Weise noch für die Prozeßkosten, Zinsen etc. des Bestellers aufkommen müßte. Wie viel sinngemäßer ist da doch das Gesetz (H.G.B. §§ 994, 1000) vorgegangen, um den Eigentümer nicht auf Kosten des Unternehmers das Ergebnis fremder Arbeit zufallen zu lassen. Hier liegt keine ungemessene Inanspruchnahme des Eigentümers und keine Preisgabe des Unternehmers vor.

Der Unternehmer wird gegen den Eigentümer, der nicht Besteller ist, wie erwähnt aus den §§ 994, 1000 gegen den Besteller, der nicht Eigentümer ist, aus den §§ 273 Abs. 2, 320 geschützt.

Für das Vermieterpfandrecht herrscht nunmehr Einigkeit[1]) darüber, daß der Satz „Hand wahre Hand“ darauf keine Anwendung finden kann.

Für das Unternehmerpfandrecht findet sich noch vereinzelt Widerspruch und zwar abgesehen von den oben angeführten Gründen deshalb, weil hier im Gegensatz zum Vermieter der Unternehmer Besitz erlange.

Die §§ 1207, 1208, welche Übergabe voraussetzen, können deshalb nach dieser Ansicht zwar nicht auf das Vermieterpfandrecht, aber doch auf das Unternehmerpfandrecht Anwendung finden.[2]) Es ist richtig, daß außer der Reihe von Gründen, welche den Ausschluß des Schutzes des guten Glaubens beweisen, dieser auch noch für das Vermieterpfandrecht dazukommt. Dies schließt indessen nicht aus, daß schon die anderen Gründe genügen würden, dasselbe Ergebnis herbeizuführen.

Abgesehen von den inneren Gründen schließt auch der Wortlaut des § 1257 B.G.B. und des § 366 Abs. 3 H.G.B. die Anwendung der §§ 1207, 1208 aus. Ganz abgesehen hievon hätte aber das B.G.B., wie Neuburger[3]) mit Recht betont, die gesetzlichen Pfandrechte ohne

---

[1]) z. B. Endemann II, 1 8./9. Aufl., S. 900 Anm. 33; Oertmann S. 583 d; Enneccerus I, 2, S. 348; Gierke II, S. 977; Windscheid-Kipp I, S. 1166; Dernburg II, 2, S. 228; Buhl S. 127; Planck 3. A., S. 479, 2; Staub, H.G.B., 8. Aufl., S. 1350; Düringer-Hachenburg II, S. 474; Staudinger II, 2, S. 736; Siber, Das ges. Pfandrecht des Vermieters S. 32ff.; Wendt im Archiv f. civil. Praxis 89, S. 31; Rspr. O.L.G. II, 80, III, 28, IV, 329; Jur. Woch. 1901, 879, das Recht 1900, 418 und 525; 1901, 616; Deutsch. Jur. Ztg. 1900, 225, 296, 479; 1902, 314; Bl. f. Rechtspfl. 1900, 56; Seuff. Bl. f. Rechtsanw. 1901, 41, 357; Archiv f. bürgerl. Recht 22, 2 etc. Anders früher: Das Recht 1901, 492; D. Jur. Ztg. 1900, 202, 318.

[2]) Gierke, Deutsch. Priv.-R. II, 977; Windscheid I, 1166 f.

[3]) Der Schutz des gutgläubigen Pfandrechtserwerbs, Leipzig 1904, S. 74.

Besitzerwerb nicht mit Stillschweigen übergehen dürfen, wenn die getroffene Anordnung sich nur mit den Pfandrechten mit Besitzerwerb beschäftigte. Nachdem in § 1266 eine solche „Differenzierung“ getroffen war, hätte sie hier konsequenterweise nicht unberücksichtigt gelassen werden dürfen. Aus dem Unterlassen ist mit Sicherheit anzunehmen, daß das B.G.B. davon ausging, daß die §§ 1207, 1208 für gesetzliche Pfandrechte mit und ohne Besitzerwerb in gleicher Weise unanwendbar seien.[1])

Die überwiegende Meinung der Schriftsteller geht dahin, daß der Satz „Hand wahre Hand“ auf die gesetzlichen Pfandrechte des B.G.B. überhaupt keine Anwendung finde. Spezielle Erörterungen hinsichtlich des Werkmeisterpfandrechts[2]) finden sich wenig.

III. Der Tatbestand der Entstehung des Pfandrechts auf Seite des Unternehmers.

1. Der Begriff „Unternehmer“.

Das alte deutsche Recht gab das Pfandrecht den „Handwerkern“, das preussische Landrecht sicherte den „Werkmeister“, die preußische K.O. die „Werkmeister, Handwerker und Arbeiter“, die R.K.O. die „Künstler, Werkmeister, Handwerker und Arbeiter“; das B.G.B. Entw. I gab dem „Übernehmer“ und Entw. II dem „Unternehmer“ das gesetzliche Pfandrecht. Vom „zünftigen“ Handwerksmeister erweiterte sich also der Schutz auf alle handwerksmäßig Tätigen, dann über den Kreis des Handwerks hinaus auf die Künstler und endlich im B.G.B. ohne Erfordernis eines besonderen Standes oder Berufes, auf alle, die irgend einmal die Herstellung oder Ausbesserung einer Sache unternehmen.

Der Begriff „Unternehmer“ ist aus § 631 in Zusammenhang mit § 647 zu entnehmen. Unternehmer ist der zur Herstellung oder Ausbesserung des versprochenen Werkes durch den Werkvertrag Verpflichtete.

---

[1]) Über diese Frage Wendt a. a. O. S. 31.

[2]) Dernburg II, S. 507; III S. 899,2 und Anm. 14; Riezler, Werkvertrag S. 153; Wendt im Arch. f. civ. Praxis 89, S. 31; Neuburger, Der Schutz des gutgl. Pfandrechtserwerbs S. 72; Siber, Pfandrecht des Vermieters S. 32. Anderer Ansicht Gierke, Deutsch. Priv. R. II, S. 977, im folgend ohne Begründung Windscheid-Kipp I S. 1165; Landshoff S. 47.

Es scheiden zunächst alle aus, welche zur Herstellung oder Ausbesserung auf Grund eines Dienst- oder Werklieferungsvertrages verpflichtet sind.

Wer ferner aus dem konkreten Werkvertrage zur Erfüllung der Herstellungs- oder Ausbesserungspflicht nicht in Anspruch genommen werden kann, kann nicht als Unternehmer gelten. Läßt also derjenige, welcher sich zur Fertigung eines Werkes verpflichtet, dieses Werk durch einen Dritten herstellen, so kann der Dritte vom Besteller nicht auf Erfüllung verklagt werden, da er in keinem Vertragsverhältnis zum Besteller steht. Wie er aber keine Pflichten gegen den Besteller hat, so hat er natürlich auch keine Rechte. Es kann ihm also auch das Pfandrecht aus § 647 nicht zustehen.

Die Lohnforderungen von Arbeitern des Unternehmers sind deshalb niemals durch ein Pfandrecht an der Sache des Bestellers geschützt, mag das Vertragsverhältnis zwischen Unternehmer und Arbeiter ein Dienst- oder ein Werkvertrag sein.[1]) Im ersteren Falle deshalb nicht, weil Forderungen aus Dienstverträgen überhaupt nicht geschützt sind, im letzteren nicht, weil eben keine Vertragsbeziehungen zwischen den Arbeitern und dem Besteller bestehen.

Die von Landshoff[2]) gegebene Schilderung des Unterverhältnisses zwischen Unternehmer und Arbeiter, die ihrerseits wieder miteinander einen Werkvertrag geschlossen haben, bringt nichts Neues. Soviel ist sicher, daß der Unternehmer und der Arbeiter (im obigen Sinn) niemals gleichzeitig ein gesetzliches Pfandrecht an derselben Sache haben können. Der Unternehmer kann es nur an Sachen des Bestellers, der Arbeiter nur an Sachen des Unternehmers haben.

Indirekt sind aber die Forderungen der Arbeiter, mögen sie aus einem Dienst- oder Werkvertrag stammen, durch das Pfandrecht des Unternehmers mitgesichert. Dagegen bleibt bei der Forderungsabtretung nach § 398 der ursprüngliche Unternehmer der allein dem Besteller gegenüber aus dem Vertrage Berechtigte und Verpflichtete. Es kann bei der Abtretung der Forderung den Übergang des Pfandrechtes ausschließen. Die Rechte dessen, dem die Forderung abgetreten ist, resultieren nicht aus dem Werkvertrage, sondern aus der Cession. Dementsprechend bezeichnete man auch im Recht den Schulder aus einem solchen Abtretungsverhältnisse nicht als Debitor

[1]) Gleicher Ansicht Staudinger II,2 S. 980,1; Brückner im Komm. des B.G.B. Hrsg. von Reichsgerichtsräten, Nürnberg 1910, Anm. 1 zu § 647, 481.

[2]) S. 29 oben.

schlechthin, sondern als debitor cessus. Er schuldet dem Cessionar eben nicht so, wie es sich direkt aus dem Vertrage ergibt, sondern nur in dem Maße, wie der Cedent die Vertragsschuld abgetreten hat.

Für die Entstehung des gesetzlichen Pfandrechts interessiert der Übergang des Pfandrechts mit der Forderung auf den Cessionar nicht, denn von da ab ändert sich am mitübergegangenen Pfandrecht auf Grund des Werkvertrages nichts mehr.

2. Herstellung oder Ausbesserung.

Der § 647 läßt das Pfandrecht nur an den vom Unternehmer hergestellten oder ausgebesserten Sachen zur Entstehung kommen. Ob dies eine Beschränkung ist oder ob jede Tätigkeit, die überhaupt werkvertraglich an fremdem Stoff gedacht werden kann, umfasst wird, werden wir sogleich sehen.

Zur Interpretation dieser Worte den § 631 Abs. 2 B.G.B. heranzuziehen, wie Landshoff[1]) dies getan, halte ich nicht nur für überflüssig, sondern auch für irreführend. Zunächst wird man durch die Zusammenstellungen „Herstellen oder Ausbessern“ (§ 647) und „Herstellen oder Verändern“ § 631 Abs. 2 versucht, die Ausdrücke ausbessern und verändern zu vergleichen, zumal durch das Wörtchen „oder“ der Anschein erweckt wird, als handle es sich hier um zwei Begriffe, die zur Vervollständigung des allein nicht genügenden Begriffes „herstellen“ dienen sollen. Dies tut Landshoff mit dem Ergebnis, daß

1. Verändern = Umformen einer Sache „unter Erhaltung ihrer individuellen Züge“[2])
2. Ausbessern = „Zurückführen“ einer Sache, die beschädigt sei „auf ihren früheren besseren Zustand“, und daß demnach auch die Ausbesserung Veränderung sei.

Diese Schlußfolgerung ist unbegründet: es ist unverständlich, wie mit dem Begriff „ausbessern“ das „umformen“ vereinbar sein soll. Wie die Wurzel des Wortes „verändern“: ander (anders, anderer, ändern) in Verbindung mit dem Präfix „ver“, welches die Höchststeigerung einer Tätigkeit bis zur gänzlichen Umkehrung in allen deutschen Wörtern mit dieser Vorsilbe andeutet[3]) steht fest,

---

[1]) S. 63.

[2]) S. 64 oben.

[3]) Vergl. z. B. verachten, verheeren, vernichten, vergnügen (= zufriedenstellen, wo einer unzufrieden war) etc.

daß verändern nicht wie Landshoff angenommen, so etwas ähnliches wie ändern, sondern „völlig anders machen, umwandeln“ bedeutet.[1]) Durch Veränderung bekomme ich grundsätzlich eine andere Sache, durch Ausbesserung dieselbe in tadellosem Zustande wieder. Bei der Veränderung ein Abstreben vom Wesen der zu bearbeitenden Sache, bei der Ausbesserung ein intensives Festhalten daran. Die beiden Worte können sich, will man der deutschen Sprache nicht Gewalt antun, in keinem Punkt ihrer Bedeutung berühren. Dies zur Würdigung des Vergleiches.

Die Anstellung des Vergleiches ist überhaupt überflüssig. Wenn drei verschiedene Begriffe vorliegen, kann es sein, daß keiner dem andern gleich ist und doch ist mit zweien gesagt, was die drei ausdrücken, d. h. der Kreis der Begriffsvariationen eines Wortes nimmt den Kreis der Begriffsvariationen eines anderen Wortes völlig in sich auf, ohne daß sich die Kreise decken. So ist es hier. Jedes Verändern ist ein Herstellen. Bei Landshoff[2]) wird der Eindruck erweckt, als müsse zur Herstellung eine unselbständige Sache, die erst der Bearbeitung wartet, um als gut angesehen werden zu können, „ein Stoff“ verwendet werden. Auf das „Urprodukt“ kommt es jedoch gar nicht an. Ich kann mir ebensogut eine Satteldecke für mein Pferd aus einem Stück Filz aus der Fabrik, als aus einem Stück Filz, der als Sitzpolster für meinen Bureaustuhl dient, machen lassen. Es braucht bei der Herstellung nicht grundsätzlich etwa ein „Rohprodukt“ vorhanden zu sein. Nach Landshoff sollen sich die Begriffe in „Herstellen“ und „Verändern“ ausschließen, weil zwar das Herstellen aber nicht das Verändern ein aliud hervorbringen soll. Dies wäre nur richtig, wenn es, wie oben ausgeführt, nicht verändern sondern ändern hieße. Übrigens widerlegt auch — und ich halte dies für den schlagendsten Beweis — der Sprachgebrauch die Ansicht von Landshoff. Überall, wo ich das Wort verändern — selbstverständlich auf das Gebiet des Werkertrags begrenzt — anwende, kann ich es, ohne den Sinn zu stören, durch Herstellen ersetzen. Das bei Landshoff angeführte Beispiel entspricht nicht dem Sprachgebrauch. Ein Buch, das ich zum Binden gebe, wird mir der Buchbinder kaum mit den Worten überreichen: „So, jetzt habe ich Ihr Buch verändert“, sondern: „hergestellt“; würde er verändern sagen, so würde ein vollständig falsches Bild entstehen.

---

[1]) Deutsches Handwörterbuch von Moritz Heyne, Leipzig 1889, Bd. 3.

[2]) S. 64 oben.

Man erkennt übrigens aus diesem Beispiel, daß im Gegensatz zu dem oben aufgestellten Satz, das Verändern stets = Herstellen ist, herstellen und verändern sich nicht decken. Herstellen ist der weitere Begriff, der außer dem Verändern noch andere Tätigkeiten umfaßt. Niemals ist jedoch die von Landshoff getroffene Schlußfolgerung gestattet, daß daraus, daß Herstellen nicht Verändern sei, sich ergeben müsse, daß auch Verändern nicht Herstellen sei.[1])

Auf die über diesen Punkt weit ausgedehnten Erörterungen bei Landshoff ist es daher unnötig, einzugehen. Ob es nach der dort getroffenen Feststellung, daß der Wortlaut des § 647 Veränderungen nicht vollständig mitumfasse, zulässig ist, trotzdem den § 647 auch auf veränderte Sachen auszudehnen, mag deshalb auch dahingestellt bleiben.

Der Grund, warum die beiden Wortpaarungen in § 647 und § 631, welche zu dem Irrtum Veranlassung gegeben haben, nicht gleichmäßig gefaßt wurden, ergibt sich daraus, daß in § 631 Abs. 2 nur Beispiele anzuführen waren, deren Umgrenzung bedeutungslos erschien im Hinblick auf die noch folgenden Worte: „ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg". In § 647 waren dagegen die gezogenen Grenzen von Bedeutung für den Umfang des Pfandrechts, eine scharfe Wortprägung daher unerläßlich.

Die beiden Worte des § 647 müssen daher nach ihrer sprachlichen Bedeutung scharf präzisiert werden. Herstellen = das Hervorbringen einer Sache aus einem Stoff, gleichviel ob dieser Stoff ein Rohstoff oder in einer anderen fertigen Sache besteht, welche erst zerlegt werden muß. Die Arbeit kann sowohl konstruktiv wie destruktiv, wie beides zusammen sein.[2]) Ausbessern = Beseitigen eines Schadens an einer Sache. Es brauchen aber nicht alle Schäden gebessert werden, z. B. können die Füße eines Schrankes gerichtet werden, ohne daß das Schloß wieder hergestellt wird. Es braucht ferner nicht eine Zurückführung in genau den früheren Zustand stattzufinden, z. B. das schadhafte Rohrbeschläge eines Koffers kann durch Eisenbänder ersetzt werden. Endzweck ist: die Gebrauchsfähigkeit der Sache zum früheren Gebrauchszweck zu ermöglichen.

---

[1]) Ein ganz gleicher Fall findet sich übrigens in den Worten „Arbeit oder Dienstleistung" am Ende des § 681 Abs. 2; hier ist auch ganz klar, daß zwar jede Dienstleistung Arbeit, aber nicht jede Arbeit Dienstleistung ist.

[2]) z. B. Herstellen einer Marmorgruppe aus einem selbstgebrochenen Marmorblock, Ziegelfabrikation etc.

Materialien und Werkzeuge, die dem Unternehmer nur die Arbeit erleichtern sollen, ohne in die Substanz des Werkes einverleibt zu werden, sind dem Pfandrecht nicht unterworfen. Denn sie sind keine vom Unternehmer „hergestellten oder ausgebesserten". Sie sind nicht das Objekt des Werkvertrags und die Herstellung oder Ausbesserung bezieht sich nicht auf sie. Wie Landshoff trotzdem dazu kommt, dem Unternehmer das Pfandrecht nur für die Zeit abzusprechen, bevor er von Materialien und Werkzeugen Gebrauch gemacht hat, dafür fehlt die Begründung. Das angeführte Beispiel und die Verweisung auf Oertmann indessen zeigen an, daß es sich hier vielleicht um ein Schreibversehen handelt und gesagt sein wollte, der Unternehmer erlange kein Pfandrecht, mag er nun von den Materialien Gebrauch gemacht haben oder nicht. Gegen diese Auffassung kann von keiner Seite ernstlich Widerspruch erhoben werden.

Über die vom Gesetz nicht berührte Frage, ob beim Werkvertrag der Unternehmer das Werk persönlich herstellen oder ausbessern muß, herrscht kein Streit; nicht darauf kommt es an, von wem, sondern daß der Erfolg herbeigeführt ist; es müßte denn sein, daß nach Parteivereinbarung oder Verkehrsanschauung auf die persönliche Leistung Gewicht gelegt ist.

Hinsichtlich der Art der Beteiligung fremder Personen wird man drei Fälle unterscheiden können:

1. Der Unternehmer leistet die wichtigeren Arbeiten persönlich, während ihm Gesellen oder Gehilfen an die Hand gehen.

2. Der Unternehmer läßt die ganze Arbeit durch Gehilfen fertigen, die nach den von ihm gegebenen allgemeinen Anweisungen arbeiten.

3. Der Unternehmer läßt die ganze Vertragsverpflichtung durch einen anderen selbständigen Werkmeister erfüllen, wie dies im Fall der sog. Entreprise vorliegt.

Da der Unternehmer in allen diesen drei Fällen die Bewirkung des vereinbarten Arbeitsresultates auf seine Gefahr etc. vornimmt und für ihn die fremde Handlung nur ein Mittel zur Vertragserfüllung ist, so hat auch er persönlich, nicht die Mittelperson, Anspruch auf die Vergütung und das gesetzliche Pfandrecht.

Wenn man der Ansicht von Landshoff[1]) zustimmen wollte, daß auf das Perfektum „hergestellt oder ausgebessert" Gewicht zu legen

[1]) S. 81 ff.

sei, so würde die von ihm gemachte Folgerung, daß vom Pfandrecht nur die Rede sein könne, wenn mit der Bearbeitung der Sache begonnen sei, nicht weit genug gehen, vielmehr müßte dann die Herstellung bezüglich Ausbesserung abgeschlossen sein: ein Rock ist noch nicht hergestellt, wenn der Schneider erst den übergebenen Stoff zerschnitten hat. Es kann aber dieser das Perfektum betonenden Interpretation nicht zugestimmt werden. Dem Gesetzgeber war es offenbar mehr darum zu tun, zu betonen, daß es sich nur um Sachen handeln könne, die „infolge des Werkvertrags[1])“ eine Bearbeitung erfahren haben, als daß eine wirkliche Vollendung vorliegen müsse, sonst hätte er zweifellos nicht gesagt „an den von ihm . . . . ausgebesserten Sachen, wenn sie (nämlich die ausgebesserten Sachen) . . . . zum Zwecke der Ausbesserung in seinen Besitz gelangt sind.“ Daß „ausgebesserte“ Sachen nicht mehr „zum Zweck der Ausbesserung“ in Besitz gelangen können, ist klar; es hätte eben heissen müssen: „auszubessernde“.

Vor allem spricht gegen jene Auffassung ein innerer Grund: Nimmt man nämlich an, der Unternehmer habe ein Pfandrecht nur dann, wenn er mit seiner Arbeit vollständig fertig sei, so ist der Unternehmer der Willkür des Bestellers ausgeliefert. Kündigt der Besteller knapp vor der Vollendung, so hätte der Unternehmer zwar beinahe die volle Vergütung zu fordern, aber er hätte dafür kein Sicherungsmittel (§ 649). Ebenso würde der Unternehmer jegliche Sicherung entbehren, wenn infolge eines Mangels des von dem Besteller gelieferten Stoffes oder infolge einer von dem Besteller für die Ausführung erteilten Anweisung das Werk verschlechtert oder unausführbar würde (§ 645). Dieselbe Folge würde im Falle des § 650 (Überschreitung des Kostenvoranschlages) und des § 642 (Leistungsverzug des Bestellers) eintreten. Abgesehen davon, dass der Besteller in den Fällen der §§ 649, 645, 642, das Pfandrecht beliebig illusorisch machen könnte, würde der Unternehmer auch ohne den bösen Willen des Bestellers in den Fällen der §§ 645, 649, 650 mit wichtigen „Forderungen aus dem Vertrage“ bisweilen ausfallen. Daß damit unter die Worte des § 647 „für seine Forderung aus dem Vertrage“ nur noch die Vergütungsforderung fallen könnte, ist zweifellos. Dies kann aber der Sinn des § 647 nicht sein. Und so wird denn auch allgemein angenommen, daß die Forderungen aus den

[1]) So Staudinger II, 2 S. 980, 2a.

§§ 645, 649, 650 unter das Pfandrecht fallen; das ist aber nur möglich, wenn die Worte „hergestellt oder ausgebessert“ im Sinne von „herzustellend oder auszubessernd“ genommen werden. Landshoff[1]) glaubt der obigen Schlußfolgerung deshalb nicht beitreten zu dürfen, weil sie dem Prinzip der versio in rem zuwiderlaufe. Aber § 647 gibt das Pfandrecht nicht für die „Verwendungen auf die Werkstücke“, sondern für die „Forderungen aus dem Vertrage“. Diese werden allerdings meist für eine herstellende oder ausbessernde Arbeit auf die Werkstücke entstanden sein, aber notwendig ist dies nach dem Wortlaut des § 647 nicht.

Es wird von manchen behauptet, der Unternehmer erhalte mit der Herstellung des Werkes nach den Grundsätzen der Spezifikation (§ 950 B.G.B.) Eigentum am hergestellten Werk und könne deshalb auch kein Pfandrecht an der Sache erwerben;[2]) das Gegenteil könne höchstens in den Fällen eintreten, wo der Unternehmer zum Besteller im Verhältnis der Besitzdienerschaft im Sinne des § 855 stehe. Auch hienach wäre das Pfandrecht des Unternehmers für alle Fälle ausgeschlossen; denn — wie unten erörtert werden wird — ist es zur Entstehung des Pfandrechts notwendig, daß der Unternehmer an der herzustellenden Sache Besitz erhalte, nicht lediglich in das Verhältnis eines Besitzdieners zur Sache trete.

Das Resultat dieser Ansicht, daß dem Unternehmer kein Pfandrecht an den hergestellten Sachen zustehe, widerspricht der klaren Bestimmung des § 647, sie kann daher nicht richtig sein. Der scheinbare Widerspruch, daß Spezifikation vorliegt und doch dem Unternehmer ein Pfandrecht zusteht, löst sich durch folgende Erwägung.

Die Parteien können durch Vereinbarung die nach § 950 eintretende Folge des Eigentumserwerbs des Spezifikanten ausschließen. Nun wird beim Werkvertrag über diesen Punkt regelmäßig nichts vereinbart und es dürfte, wie Biermann S. 159 mit Recht bemerkt, „auf eine bloße Fiktion hinauskommen“, wollte man mit Planck[3]) annehmen, es sei der stillschweigende Wille der Parteien (Vereinbarung), daß der Stoffeigentümer mit der Herstellung des Werkes Eigentümer desselben werde, so daß also der Unternehmer nur Eigentümer des Werkes wird, wenn er den Stoff selbst beschafft, andernfalls der Besteller.

---

[1]) S. 83.

[2]) Lotmar, Der Arbeitsvertrag Bd. I, S. 384.

[3]) S. 207, Bem. 3.

Haben die Parteien nichts bestimmt und ist die Fiktion einer stillschweigenden Vereinbarung unstatthaft, so gelten eben die speziellen Vorschriften über den Werkvertrag, welche den allgemeinen Satz, daß der Spezifikant Eigentümer wird, durch die spezielle Vorschrift, daß der Unternehmer nur ein Pfandrecht erhält, ausschließen.

Alle bisherigen Versuche, auf andere Weise den von Isay[1]) besonders betonten angeblichen Widerspruch zu beseitigen, müssen als verfehlt betrachtet werden. So zunächst die von (Kober) Staudinger[2]) angeführte Begründung, die „Neuherstellung" (Spezifikation) erscheine, wenn sie im Rahmen des Werkvertrags erfolge, als ein Rechtsgeschäft, auf das die Vorschriften über Stellvertretung direkt Anwendung finden müssen. Dies kann besonders wenn man das hinzugefügte Beispiel[3]) betrachtet, nichts anderes heißen, als was schon die Protokolle[4]) sagen, daß es „selbstverständlich sei, daß das Herstellenlassen, obwohl hierin keine Vertretung liege, dem Herstellen gleichstehe". Auch Landshoff[5]) will diesen Gedanken in den Werkvertrag übersetzt wissen und sagt hiezu „solange nicht sehr gewichtige Gründe gegen eine solche Identifizierung sprächen, werde an ihr gegen Isay festzuhalten sein".

Nun der gewichtigste Grund dagegen dürfte wohl der sein, daß die Identifizierung gerade für den Werkvertrag sich mit den gesetzlichen Bestimmungen nicht vereinbaren läßt. Wäre Herstellen lassen = herstellen, so müßte der Besteller, wenn er den Unternehmer aus einem von diesen zu beschaffenden Stoffe eine neue Sache herstellen läßt (651 B.G.B.), Eigentum an dieser Sache erwerben. Dies ist aber nicht der Fall; denn § 651 bestimmt ausdrücklich, der Unternehmer, der eine Sache aus eigenem Stoff hergestellt habe, müsse dem Besteller das Eigentum an der Sache verschaffen. Wie kann ich aber jemandem das Eigentum an einer Sache verschaffen, die ihm schon gehört? Es ist demnach klar, daß nach dem Willen des Gesetzgebers Herstellenlassen nicht Herstellen ist.

Riezler führt aus, nach § 651 müsse der Unternehmer dem Besteller Eigentum an der hergestellten Sache verschaffen, § 631 treffe eine entsprechende Bestimmung für den Fall, daß der Unternehmer Sachen aus dem Stoff des Bestellers herstellt, nicht. Aus diesem

---

[1]) Die Geschäftsführung nach dem B.G.B. Jena 1900. S. 300.
[2]) S. 431, 563.
[3]) „Die Arbeit des Unternehmers gilt z. B. als Arbeit des Bestellers."
[4]) III, 243.
[5]) S. 70.

Schweigen müsse man schließen, daß der Unternehmer in diesem Falle kein Eigentum erwerbe.

Diese Schlußfolgerung ist nicht zwingend; denn zunächst sagt auch § 631 nichts darüber, daß z. B. der Unternehmer zur Übergabe oder Ablieferung der neuen Sache verpflichtet ist und doch wird diese Pflicht von niemanden bestritten. Es findet sich aber ein triftiger Grund für das Schweigen des B.G.B. über diese beiden Punkte. Die Vorschriften sind allgemein gefaßt für Herstellung von beweglichen und unbeweglichen Werken. Bei letzteren kann aber so wenig von einer Übergabe gesprochen werden, wie von einem Verschaffen des Eigentums; denn das Eigentum an der unbeweglichen Sache (Gebäude) erwirbt der Besteller mit der festen Verbindung der Baumaterialien mit dem Grund und Boden.

Die Heranziehung der Motive[1]) kann nicht entscheidend sein. Aus der Bemerkung, daß, falls der Unternehmer aus dem Stoffe des Bestellers aber mit eigenen kleineren Zutaten ein Werk herstelle, der Besteller diese kleineren Zutaten zu Eigentum erwerbe nach dem Grundsatz der Verbindung (§ 947 Abs. 2), folgert Riezler, die Motive sprächen damit den Satz aus, daß der Besteller, wenn der Unternehmer ein Werk aus Sachen des ersteren herstelle, stets sein Eigentum daran behalte. Das mag zutreffen, aber bei einem Widerspruch zwischen Motiven und Gesetz können jene nicht maßgebend sein.

Es ist aber auch Biermann[2]) nicht beizupflichten. Er stellt den Satz auf: „Der Spezifikant erwerbe dann das Eigentum für einen anderen, wenn er zu diesem in einem Verhältnis der Abhängigkeit stehe und innerhalb dieses Verhältnisses die Spezifikation vornehme.“ Das Ergebnis würde für den Werkvertrag sein, daß der Unternehmer bei Herstellung einer Sache aus dem Stoff des Bestellers Eigentum erwirbt, wenn er mehr selbständig als nach Anweisungen arbeitet. Aber wo ist hier die Grenze? Außerdem würde damit das ganze System des Werkvertrags über den Haufen geworfen, nicht nur die Bestimmung des § 647, sondern, wie Riezler[3]) richtig bemerkt, auch die des § 636 (Rücktrittsrecht des Bestellers bei verspäteter Lieferung) und im Fall des § 649 (Kündigung vor Vollendung) dürfte dann der Unternehmer das Werk behalten, er müßte dem Besteller nur eine etwaige Bereicherung herausgeben, während dieser ihm die Vergütung

[1]) II, 476 zu § 568 des 1. Entw. (Werklieferungsvertrag).
[2]) S. 159 f.
[3]) S. 28.

aushändigt. Wäre dies nicht praktisch gleichbedeutend mit dem Verbot der Kündigung? Dem Gesetzgeber lag eine derartige Regelung auch vollständig ferne, sonst hätte er hier nicht mehr von Kündigung, Aufhebung des Vertrags etc. sprechen können.

Die von uns vertretene Ansicht wird geteilt von Dernburg,[1]) nach dem der Besteller, welcher auf Grund eines Werkvertrags seine Sache umgestalten läßt, deren Eigentum behält. Er verweist insbesondere auf den Inhalt des § 647 mit dem Bemerken: „Er (der Unternehmer) gilt also dem B.G.B. nicht als Eigentümer des von ihm verarbeiteten Stoffes, sonst wäre es zwecklos gewesen, ihm an demselben ein Pfandrecht zu gewähren.“ Auch das Reichsgericht[2]) erklärt, daß, falls die Verarbeitung von Stoff zu einer neuen Sache auf Grund eines Vertrags geschehe, sich „die Wirkungen der Neuherstellung zunächst nach dem Inhalt dieses Vertrags“ zu richten hätten. Und Rümelin[3]) bemerkt: „Auch bei der Verarbeitung wird abzustellen sein auf das zwischen dem die Verarbeitung tatsächlich Vornehmenden und dem etwaigen Geschäftsherrn zu Grunde liegende Verhältnis.“

Schließlich kommt zu dieser Auffassung auch Riezler,[4]) indem er bemerkt, „die in § 950 scheinbar bedingungslos aufgestellte Regel erleide .... eine Modifikation .... wenn der Spezifikant .... aus einem Vertragsverhältnisse verpflichtet sei“.[5])

Nur eine solche Auffassung vom Verhältnisse des § 950 zum § 647 entspricht dem Gesetze und wird zugleich allein den allgemeinen Anschauungen des Verkehrslebens und dem praktischen Bedürfnisse gerecht.

3. Besitzerlangung.

Das Gesetz (§ 647) gibt das Pfandrecht nur,

> „wenn sie (die Sachen des Bestellers) bei der Herstellung oder zum Zwecke der Ausbesserung in seinen Besitz gelangt sind.“

---

[1]) Sachenrecht, S. 369, 3 und Anm. 13.

[2]) Rg.-Entsch. in Strafsachen 37, 329.

[3]) M. Rümelin, Das Handeln in fremdem Namen im B.G.B. Archiv f. civ. Praxis, Tübingen und Leipzig 1902, Bd. 93, S. 283.

[4]) S. 29.

[5]) Der gleichen Auffassung Enneccerus, S. 398 Anm. 5 und O.L.G., Bd. 4 S. 312; Endemann, Lehrbuch II § 84 a. E.

Es wird also Besitz genau so verlangt, wie beim vertragsmäßigen Pfandrecht. Damit ist das Prinzip der Erkennbarkeit des Pfandrechts gewahrt. „Besitz“ ist im Sinne des § 854 B.G.B. zu verstehen. Der Unternehmer besitzt als unmittelbarer Besitzer, während durch ihn der Besteller als mittelbarer Besitzer besitzt, denn jener besitzt „in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem andern gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist“ (§ 868). Der Besitzdiener ist nicht Besitzer (§ 855), die Näherin im Hause des Bestellers, der Klavierstimmer hat nicht den Besitz der bearbeiteten Gegenstände, also auch kein Pfandrecht.

Ob Besitzdienerschaft vorliegt, wird sich nur unter Berücksichtigung der Umstände entscheiden lassen. Das Reichsgericht[1]) hat die Besitzdienerschaft in einem Falle verneint, weil der Unternehmer bis zur Abnahme die Gefahr tragen mußte, „also ein eigenes Interesse daran hatte, die tatsächliche Gewalt über die Sachen auszuüben“. Trotz einer solchen Pflicht zur Gefahrtragung kann natürlich in einem anderen Falle Besitzdienerschaft gegeben sein, wenn z. B. die Herstellung im Haushalt des Bestellers erfolgt.

Mitbesitz (§ 866) genügt zur Begründung des Pfandrechts auch, dazu gehört eben, daß die alleinige Verfügungsgewalt des Bestellers ausgeschlossen ist. Im Fall der späteren Berechtigung zum Pfandverkauf hat der Unternehmer Anspruch auf Herausgabe der Sache zum Zwecke des Pfandverkaufs (§ 1231 B.G.B.).

Wegen des Pfandrechts an im Schiffsregister eingetragenen Schiffen wird zu prüfen sein, ob das Unternehmerpfandrecht hier durch Besitz oder Eintragung entsteht. Die hiefür maßgebenden besonderen Bestimmungen hat das B.G.B. in den §§ 1259—1272 getroffen. Die vertragsmässige Bestellung eines Pfandrechts geschieht nach § 1260, wie die einer Hypothek an einem Grundstück durch Einigung und Eintragung in das Schiffsregister, also nicht durch Übergabe und Einigung wie bei den sonstigen beweglichen Sachen. Kann nun auch gesetzliches Pfandrecht nicht anders als durch Eintragung zur Entstehung kommen? Der die entsprechende Anwendung des rechtsgeschäftlich bestellten Pfandrechts auf das gesetzlich entstandene Pfandrecht anordnende § 1257 wird durch § 1266 für anwendbar erklärt, soweit sich nicht daraus, daß der Pfandgläubiger nicht den Besitz der Sache erlangt, Abweichungen ergeben. Aber

[1]) Entscheidung in Zivilsachen v. 14. Dezember 1909. Jur. Woch., Bd. 39, 107.

der § 1257 schreibt, wie wir früher schon erörtert haben, die analoge Anwendung nur vor hinsichtlich des kraft Gesetzes entstandenen Pfandrechts, für die Entstehung desselben sind sie nicht maßgebend. Es folgt also daraus, daß für die Entstehung des rechtsgeschäftlichen Schiffspfandrechts Einigung und Eintragung erforderlich ist, nicht, daß das gleiche auch für die Entstehung des gesetzlichen Pfandrechts notwendig ist, so wenig wie daraus, daß für Entstehung des rechtsgeschäftlichen Pfandrechts an anderen beweglichen Sachen Besitzübertragung die Voraussetzung ist, das Entstehen des Vermieterpfandrechts von einer solchen abhängig ist. Die Entstehung des gesetzlichen Pfandrechts folgt eben ihren eigenen Grundsätzen. Für die Entstehung des Unternehmerpfandrechts an dem im Schiffsregister eingetragenen Schiffe ist lediglich der § 647 maßgebend. Ist das Schiff bei der Herstellung oder zum Zwecke der Ausbesserung in den Besitz des Unternehmers gelangt, so ist sein Pfandrecht begründet und von einem späteren Erlöschen durch Zurückgabe, wie bei dem durch Besitzübertragung entstehenden rechtsgeschäftlichen Pfandrecht an anderen Sachen (§ 1253), ist nicht die Rede.[1])

Gegen die Gefahr des Verlustes des Pfandrechts im Falle der Veräußerung des Schiffs an einen gutgläubigen Erwerber kann der Unternehmer sich schützen durch Eintragung des Pfandrechts in das Schiffsregister (§ 1262).

Nach § 647 genügt nicht die bloße Tatsache des Besitzes des Unternehmers, sondern er muß erlangt sein „bei der Herstellung oder zum Zweck der Ausbesserung“. Auffallend erscheint die Verschiedenheit des Ausdrucks: „bei der Herstellung — zum Zwecke der Ausbesserung“. „Bei“ heißt nicht „vor“. Ist also nur die herzustellende Sache zum Zweck der Herstellung in den Besitz des Unternehmers gelangt, so hat er noch kein Pfandrecht;[2]) denn „bei der Herstellung“ in den Besitz gelangt, heißt in irgend einem Moment derselben in den Besitz gelangt, also nicht vor dem Beginn. Dieser muß aber das Besitzerlangen zeitlich vorangehen. Was soll also das „bei der Herstellung den Besitz erlangen“ heißen? Die Wendung erklärt sich wohl daraus, daß der Gesetzgeber dabei auch an unbewegliche Sachen, die zu beweglichen gemacht werden, gedacht hat und denken mußte. Es kommen hier Verträge in Betracht,

[1]) Neumann I, S. 963 a. E. Staudinger III, S. 902, zu § 1266 a. E. Biermann, S. 479, 2. Vergl. St. I, S. 981, 9 u. Lit.

[2]) Wie er es hätte, wenn es sich um auszubessernde Sachen handeln würde.

welche die Gewinnung von Lehm, die Förderung von Kohlen, den Abbau von Salzen, die Einerntung von Früchten aller Art, den Abbruch von Gebäuden etc. zum Gegenstand haben. Hier wäre die Ausdrucksweise „zum Zweck der Herstellung in den Besitz gelangt“ nicht möglich gewesen; denn etwas, was schon hergestellt ist (wie hier die beweglich gemachte Sache) kann nicht mehr zum Zweck der Herstellung in Besitz gelangen. Sonach kann der Ausdruck „bei der Herstellung“ nur soviel bedeuten, als „wenn es sich um eine Herstellung handelt“ oder „wenn als Zweck des Werkvertrages Herstellung in Betracht kommt“.

Geht der Werkvertrag auf Ausbesserung, so ist der Ausdruck „zum Zwecke der Ausbesserung in den Besitz gelangt“ einwandfrei, da hier im Rahmen des § 647 nur von vornherein bewegliche Sachen in Betracht kommen können. Zur Entstehung des Pfandrechts genügt also, wenn ein Werkvertrag und eine entsprechend qualifizierte Pfandsache gegeben ist, der erwähnte Zweckbesitz zur Begründung des Pfandrechts. Ein Beginn der Ausbesserung ist nicht erforderlich, es bedarf nur einer kausalen Beziehung der Besitzerlangung zur Werktätigkeit, sei es, daß die Sache erst zu dem besonderen Zweck der Bearbeitung übergeben wird, sei es, daß die bereits im Besitz befindliche Sache dem Unternehmer zu diesem Zweck verbleiben soll.

In den Fällen, wo unbewegliche Sachen zu beweglichen gemacht werden sollen, fällt, da hier Besitzerlangung vor der Herstellung nicht möglich ist,[1]) Herstellung und Besitzerlangung zusammen.

E. Rang.

Gegenüber der wenig befriedigenden Gestaltung im römischen und gemeinen Recht ist es ein bedeutender Fortschritt, daß das B.G.B. nach dem Vorbild der Partikularrechte die beiden altdeutschen Grundsätze der Erkennbarkeit und Spezialität des Pfandrechtes wieder anerkannte. Den Grundsatz der Erkennbarkeit verwirklichte es jedoch nicht vollständig. Die gesetzlichen Pfandrechte des Vermieters (§ 559 f.), Verpächters (§§ 581, 2; 585) und Gastwirts (§ 704) erfordern zu ihrer Entstehung nicht Besitzerwerb durch den Gläubiger, nur liegt bei letzterem in der Einbringung immerhin ein gewisses Gewaltverhältnis, welches auch äusserlich fast stets wahrnehmbar ist.

[1]) Kober-Staudinger III, S. 980, 2b spricht allgemein von einer Besitzerlangung zu dem „Werkzweck“; eine solche ist hier ausgeschlossen.

Für die Bestimmung des Ranges stellt das B.G.B. hinsichtlich der rechtsgeschäftlichen Pfandrechte das Prinzip auf, daß die Zeit der Bestellung maßgebend sei.

In Bezug auf das Verhältnis des gesetzlichen Unternehmerpfandrechts zu anderen Pfandrechten an derselben Sache sind zwei Fälle zu unterscheiden.

1. Eine bereits mit einem Pfandrecht belastete Sache wird noch mit dem Unternehmerpfandrecht (§ 647) belastet, sei es mit oder ohne Kenntnis des Unternehmers vom Bestehen des ersten Pfandrechts.

2. Die dem gesetzlichen Pfandrechte des Unternehmers (§ 647) bereits unterworfene Sache wird noch mit einem anderen Pfandrecht belastet, sei es mit oder ohne Kenntnis des neuen Pfandgläubigers vom Bestehen des ersten Pfandrechts.

Für die Fälle der ersten Art ist zunächst zu bemerken, daß es gleichgültig ist, ob der Unternehmer vom Bestehen des ersten Pfandrechts Kenntnis hatte oder nicht; sein guter Glaube nützt ihm nicht. Der Satz: „Hand wahre Hand" gilt hier nicht. Diese Ansicht, die die herrschende ist, stützt sich auf folgende Gründe:

Die Vorschrift des § 1208, wonach für das Vertragspfandrecht der gutgläubige Pfandrechtserwerber mit seinem Pfandrecht den Rang vor einem ihm unbekannten früheren Pfandrecht erhält, gehört zu den auf das gesetzliche Pfandrecht nicht anwendbaren Vorschriften, welche über Entstehung des Pfandrechts handeln.[1]) Dies ergibt sich aus der Stellung des § 1208. Die §§ 1207 und 1208 regeln die Folgen, die der böse Glaube zur Zeit des Erwerbes haben soll, der erstere im Verhältnis zum Eigentum, der letztere im Verhältnis zum anderen Pfandrecht. Es werden also die Wirkungen von Vorgängen bei der Entstehung behandelt. Und dem schließt sich sinngemäß § 1209 an, der — was vielleicht in diesem Zusammenhang zweifelhaft sein könnte — betont, daß als Zeit der Entstehung bei Pfandrecht für künftige und bedingte Forderungen die Zeit der Bestellung, nicht etwa die Zeit der Fälligkeit der Forderung gilt. Wollte man aber § 1208 und 1207 trennen und mit 1209 zusammen als eine Paragraphengruppe betrachten, so hätten wir das sonderbare Ergebnis, dass der Gesetzgeber in § 1208 die Ausnahme von der Regel der

[1]) So die herrschende Meinung. Staudinger III, S. 895, 3: „zumal ja auch dieser Paragraph zu dem Kapitel der Entstehung des Pfandrechts gehört". Neumann I, 855, II, 1. Siber, S. 41.

Rangordnung aufstellt und dann im folgenden Paragraphen erst die Regel selbst folgen läßt.

Mit Recht sagt daher auch Siber,[1]) daß es sich bei der Einräumung des Vorrangs bei gutgläubigen Erwerb um „ein Privileg des Entstehungsgrundes“ handle. Dem stimmt, wenn auch nicht in der Begründung, so doch im Resultat, Emmerich[2]) zu, hauptsächlich aus dem schon bei Siber[3]) angeführten Grunde, daß es der Vernunft widerspräche, das Vertrauen der Unternehmer auf die Lastenfreiheit zu schützen, dagegen sein Vertrauen auf das Eigentum des Schuldners an der Sache ungeschützt zu lassen, was um so unbegreiflicher wäre, als der Schutz im ersten Fall nicht so dringend notwendig ist, da auch ein Pfandrecht zweiten Ranges einen Wert haben kann, während die Versagung des Schutzes im zweiten Fall den gänzlichen Verlust seines Rechtes zur notwendigen Folge hat.

Es mag auch noch darauf hingewiesen werden, daß auch für das Vermieterpfandrecht sich die gleiche Frage ergab und daß die zweite Kommission[4]) die entgegenstehenden Anträge abgelehnt hat, wie denn auch die überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller[5]) diesen Standpunkt vertritt.

Hat demnach der Unternehmer an einer Sache ein Pfandrecht gutgläubig erworben — bei bösgläubigem Erwerb gilt dies natürlich erst recht — an der schon ein Pfandrecht besteht, so steht sein Recht dem früheren Pfandrecht trotz seines guten Glaubens nach, gleichgültig, ob das vorgehende Recht ein vertragsmäßiges, gesetzliches oder Pfändungspfandrecht war. Wenn Landshoff[6]) von diesen Regeln eine Ausnahme behauptet, wenn ein Werkvertrag an einem im Schiffsregister eingetragenen Schiffe vorliege, wobei es „sehr wohl

---

[1]) S. 41.

[2]) Hugo Emmerich, Pfandrechtskonkurrenzen, Berlin 1909, S. 90.

[3]) S. 42.

[4]) Prot. II, S. 196 u. 2000.

[5]) Biermann, S. 476, 2 a. E. u. die dort zit. Literatur, wobei bemerkt sei, daß inzwischen Kober und Staudinger ihre gegenteiligen Ansichten jetzt geändert haben, nunmehr Kober-Staudinger III, S. 895, 3, Staub S. 1350. Ferner Oertmann, 3./4. Aufl., S. 584; Emmerich, S. 91, Anm. 58. — Brückner, Die Miete von Wohnungen und anderen Räumen nach dem B.G.B. 2. Aufl. 1902, S. 110. Siber, S. 43. Dernburg III, S. 899, 2, Anm. 14. — Mittelstein, Die Miete nach dem Recht d. Deutschen Reichs. 2. Aufl. Berlin 1909, S. 205. — Gierke, D. Pfr. II, S. 977. — Fuld, Das Mietrecht nach d. B.G.B. 1898, S. 188 f.

[6]) S. 89.

denkbar sei, daß das Unternehmerpfandrecht zugleich die Rechte eines Schiffsgläubigers gewährt", so ist zu bemerken, daß das Unternehmerpfandrecht aus § 647 niemals die Rechte eines Schiffsgläubigers gewährt. Es mag vielleicht dieselbe Arbeitstätigkeit, wie sie § 647 verlangt, vorliegen, die Pfandrechte aber, die dem Schiffsgläubiger gegeben werden, gewährt eben gerade § 647 nicht. Darum liegt hier keine Ausnahme vor, sondern ein anderes Rechtsinstitut mit anderen Voraussetzungen.

Verwickelter liegt die Sache in den Fällen der zweiten Art, wenn nach dem Unternehmerpfandrecht ein anderes Pfandrecht existent wird. Wir müssen hier unterscheiden:

1. Gesetzliche Pfandrechte können dem Unternehmerpfandrecht niemals vorgehen, da dem Erwerber der gute Glaube, der ihm allein einen Vorrang geben könnte, nichts nützt. Kommt also die Pfandsache, an der das Unternehmerpfandrecht besteht, wider Willen des Unternehmers in den Besitz des Pfandeigentümers und wird sie hier z. B. vom gesetzlichen Vermieterpfandrecht ergriffen, so gewinnt der Vermieter trotz seines guten Glaubens keinen Rang vor dem Unternehmerpfandrecht. Das Vermieterpfandrecht hat zweiten, das Unternehmerpfandrecht ersten Rang.

Von dieser Regel gibt es aber einige Ausnahmen.

1. Nach dem Vereinszollgesetz vom 1. Juli 1869 §§ 14 und 100 haften die zollpflichtigen Gegenstände ohne Rücksicht auf die Rechte eines dritten an denselben für den darauf ruhenden Zoll.

In der Konkursordnung § 40 Abs. 2 wurde auch dementsprechend unter Ausdehnung auf alle öffentlichen Abgaben für den Konkursfall bestimmt, daß die Reichskasse, die Staatskassen und die Gemeinden, sowie die Amts-, Kreis- und Provinzialverbände wegen öffentlicher Abgaben in Ansehung der zurückgehaltenen oder in Beschlag genommenen Zoll- und steuerpflichtigen Sachen den anderen Gläubigern vorgehen, die ein im § 49 Abs. 1 Nr. 2—4 oder § 48 bezeichnetes Recht besitzen. Darunter fällt auch das Pfandrecht des § 647 B.G.B.

2. Für vertragsmäßige Pfandrechte gilt bezüglich der Rangordnung der Satz „Hand wahre Hand" § 1208. Erwirbt jemand gutgläubig durch Rechtsgeschäft ein Pfandrecht an einer Sache, an der schon ein Unternehmerpfandrecht besteht, so geht sein Pfandrecht diesem vor.

3. Das Pfändungspfandrecht unterliegt ähnlichen Regeln wie das gesetzliche Pfandrecht. Auch hier ist grundsätzlich der gute

Glaube des Pfändungspfandgläubigers unwirksam. C.P.O. § 804 Abs. 2 bestimmt:

„Das Pfandrecht gewährt dem Gläubiger im Verhältnis zu andern Gläubigern dieselben Rechte wie ein durch Vertrag erworbenes Faustpfandrecht; . . . .“ d. h. wenn einmal das Pfändungspfandrecht entstanden ist, unterliegt es denselben Regeln wie das Vertragspfandrecht; für die Entstehung (dazu gehören die Normen über den Altersvorzug infolge gutgläubigen Erwerbs) gelten aber die speziellen Bestimmungen. In diesen fehlt aber eine Anordnung des Altersvorzugs als Folge des guten Glaubens. Mithin darf eine solche auch nicht angewendet werden.[1])

Es muß jedoch hier der vorhergehende Gläubiger seine Rechte geltend machen, von Gesetzes wegen werden sie ihm sonst nicht geschützt. Man hat dabei zu unterscheiden, ob der Unternehmer noch im Besitze der Pfandsache ist oder nicht.

Ist der Unternehmer nicht mehr im Besitze der Sache, so kann er gemäß § 805 C.P.O. „auf Grund seines Pfandrechts nicht widersprechen, er kann jedoch seinen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös im Wege der Klage“ gegen den Pfändungsgläubiger geltend machen, ohne Rücksicht darauf, ob seine Forderung fällig ist oder nicht. Wird also eine Sache, an der ein Unternehmerpfandrecht besteht, von einem Gerichtsvollzieher gepfändet, so kommt das Pfändungspfandrecht zunächst zur Entstehung, ganz gleich, ob der Pfändungspfandgläubiger im guten Glauben war oder nicht. Widerspricht der Unternehmer nicht, so wird die Sache versteigert und der Unternehmer hat keinerlei dinglichen Anspruch mehr. Widerspricht er aber, so wird er mit seiner Klage durchdringen; denn dem Pfändungsgläubiger hilft auch sein guter Glaube nichts.

Ist der Unternehmer aber noch im Besitz der Pfandsache, so kann die Sache nicht gepfändet werden (§§ 808, 809), außer er willigt ein.[2])

Das Resultat ist:

Wie der Unternehmer trotz guten Glaubens an Sachen, die dem Besteller nicht zu Eigentum gehören, kein Pfandrecht erwerben

[1]) Eine eingehende und treffende Beweisführung über diese Frage findet sich in der Rechtssprechung d. O.L.G., Bd. 4, S. 331 (unten) ff.

[2]) Es könnte nur der Anspruch des Bestellers gegen den Unternehmer auf Herausgabe des nach der Versteigerung verbleibenden Überschusses gepfändet werden. § 829 C.P.O.

kann, ebenso wenig kann er trotz guten Glaubens an schon belasteten Sachen des Bestellers einen seinen Erwartungen entsprechenden Rang gewinnen, ja im Gegenteil es können ihm in gewissen Fällen sowohl vertragsmässige wie gesetzliche Pfandrechte im Rang vorgehen.

Eine Besonderheit des Unternehmerpfandrechts zeigt sich noch bei Schiffen, die im Schiffsregister eingetragen sind. Hier bedarf, wie oben erörtert, das einmal entstandene Unternehmerpfandrecht der Eintragung nicht, um rechtsgültig zu bleiben. Erwirbt aber nachträglich jemand im guten Glauben an dem Schiffe ein Pfandrecht, so muß das Unternehmerpfand ihm im Range weichen. Dies kann dadurch verhütet werden, daß der Unternehmer sein Pfandrecht in das Schiffsregister eintragen läßt; dann behält es seinen Rang, auch wenn das Schiff weiter belastet wird und der Erwerber im guten Glauben ist. (§ 1262 B. G. B.).

Die bisherigen Ausführungen bezogen sich auf Rangordnung kraft Gesetzes. Es besteht jedoch kein Verbot, daß die Pfandgläubiger ihre Rangfolge im Wege des Rechtsgeschäftes beliebig regeln. Eine derartige Vereinbarung hat aber nur persönliche Wirkung unter den beteiligten Pfandgläubigern.

Nur eine scheinbare Rangkonkurrenz liegt dann vor, wenn eine Sache mehreren Unternehmern gleichzeitig zu verschiedenen Reparaturen übergeben worden ist. In Wirklichkeit handelt es sich nur um die Frage, wessen Pfandrecht zuerst entstanden ist. Da nach dem oben ausgeführten infolge der Vorschrift des § 1257 der § 1209 auf das gesetzliche Pfandrecht nicht anwendbar ist, geht von den einzelnen Unternehmern derjenige vor, der zuerst eine Forderung erworben hat. Ebenso ist eine Frage nach dem Zeitpunkt der Entstehung, ob z. B. ein Hotelwirt oder dessen Hausdiener zuerst ein Pfandrecht an dem Fahrrad erwirbt, das ein Reisender beim Eintritt in das Hotel dem Hausdiener zur Reparatur übergibt. Da zwei gesetzliche Pfandrechte im gleichen Moment daran entstanden sind, haben sie gleichen Rang. Hiemit ist auch dargetan wie wichtig die Entscheidung darüber ist, ob das Pfandrecht des Unternehmers mit der Besitzübergabe oder mit dem Beginn der Arbeit erworben wird. Nicht richtig ist die Ansicht von Landshoff,[1]) daß es für die Frage des Ranges gleichgültig sei, in welchem Moment das Pfand-

[1]) S. 88.

recht entsteht, weil es „undenkbar sei, daß in der Zwischenzeit ein anderes Pfandrecht zur Entstehung gelange".

F. Das Pfandrecht nach der Entstehung.

Das für den Unternehmer entstandene Pfandrecht kann einem anderen eingeräumt werden, aber in Gemäßheit seiner accessorischen Natur nur mit der dadurch gesicherten Forderung; mit dieser geht es von selbst über, ohne daß es der Besitzübergabe bedarf; wird bei der Uebertragung der Forderung der Uebergang des Pfandrechts ausgeschlossen, so erlischt es (§ 1250).

Tritt der Unternehmer nicht sämtliche Forderungen aus dem Werkvertrage, sondern nur einen Teil ab, so ist zu unterscheiden, ob die abgetretene Forderung mit der beim Cedenten verbleibenden gleichzeitig entstanden ist. Ist dies nicht der Fall, so hat diejenige Forderung, welche früher entstanden ist, ein Pfandrecht mit besserem Rang; der vorhergehende Pfandgläubiger kann also die Herausgabe von dem nachgehenden verlangen und braucht, wenn er im Besitz ist, ihm die Sache nicht herauszugeben, während, wenn er nicht im Besitz ist, er dem Verkauf durch den nachstehenden Gläubiger nicht widersprechen kann, falls er nicht selbst den Verkauf betreibt (§§ 1227, 1232). Sind aber die Forderungen gleichzeitig entstanden, so haben die Pfandrechte gleichen Rang, es besteht dann ein Gemeinschaftsverhältnis und jeder Gläubiger hat das Recht auf Mitbesitz[1]).

Während für das Entstehen des Pfandrechts Eigentum des Werkbestellers zur Zeit der Entstehung des Pfandrechts erforderlich ist, wird durch späteren Wechsel der Person des Eigentümers das Pfandrecht nicht berührt. Der Besteller kann die im Besitz des Unternehmers befindliche Sache einem anderen zu Eigentum übertragen, das Pfandrecht besteht aber fort: Die Sache haftet weiter für alle bisherigen oder in Zukunft entstehenden Forderungen aus dem einmal abgeschlossenen Werkvertrage, hingegen für Forderungen aus einem nach der Eigentumsübertragung geschlossenen neuen

[1]) Mot. III S. 820.

Von Wichtigkeit ist dabei, daß, falls ein Pfandgläubiger die Pfandsache dem Besteller (oder dessen Rechtsnachfolger im Eigentum) zurückgibt, zwar sein Pfandrecht erlischt, aber das des anderen Pfandgläubigers nicht (§ 1253).

Werkvertrag über weiter vorzunehmende Ausbesserungen u. s. w. ist natürlich von einer Pfandhaftung nicht die Rede, da eben der Besteller jetzt nicht mehr Eigentümer ist.

Im Falle der Schuldübernahme, infolge deren an Stelle des Bestellers in dessen Vertragspflichten ein Dritter eintritt, erlischt das gesetzliche Pfandrecht an der Sache des ursprünglichen Schuldners nicht, denn der das Erlöschen des Pfandrechtes im Falle der Schuldübernahme aussprechende § 418 bezieht sich nur auf vertragsmäßiges Pfandrecht.

Gegen diese von der Mehrheit der Schriftsteller[1]) vertretenen Ansicht wendet Landshoff a. a. O. ein, daß nach § 1257 alle Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht auch für das gesetzliche gälten. Dieser Einwand ist unbegründet. Der § 418 stellt im Verhältnis zu § 1257 eine Sondervorschrift dar, der gegenüber die allgemeine Vorschrift des § 1257 zurücktreten muß, wenn sich aus jener Abweichendes ergibt. Nun spricht aber § 418 von „bestellten" Pfandrechten und Bürgschaften im Gegensatz zu § 401, der für den Fall der Cession sagt, daß mit der Forderung Pfandrechte, die für sie „bestehen" und Rechte aus einer für sie bestellten Bürgschaft auf die neuen Gläubiger übergehen. Es zeigen nun aber nicht bloß die Motive II 147, daß diese Verschiedenheit des Ausdrucks eine absichtliche ist, sondern es ergibt sich auch aus dem Zweck der Vorschrift des § 418, daß seine Vorschrift nur für das rechtsgeschäftliche Pfandrecht gemeint ist, denn der Gedanke ist der, daß bei der Bedeutung, die die Person des Schuldners für denjenigen hat, der für ihn ein Pfandrecht bestellt oder sich verbürgt, der Pfandsteller und Bürge sich nicht gefallen zu lassen braucht, dass er in gleicher Weise auch für einen anderen Schuldner in Anspruch genommen werde. Dieser Gedanke trifft bei den gesetzlichen Pfandrechten in keiner Weise zu.

Abweichend vom Vermieterpfandrecht (§ 562) kann die Pfandsache nicht dadurch vom Pfandrecht befreit werden, daß in Höhe ihres Wertes Sicherheit geleistet wird.

Vor der Realisierung des Pfandrechts durch Verkauf dient das Pfandrecht als Pressionsmittel, da der Unternehmer vor seiner Be-

[1]) So Siber S. 79. Staudinger II, 1. S. 381, II, 2. Oertmann S. 342 Anm. 2 zu § 418; Mot. II, 147; Prot. 1, 425; Planck S. 304. Anm. 4 zu § 418; a. A. Enneccerus S. 561 Anm. 1 und Landshoff S. 101.

friedigung die Sache nicht herauszugeben braucht bis zum Zeitpunkt der Versteigerung.

In Bezug auf den Schutz des Unternehmers oder seines Rechtsnachfolgers gelten überhaupt dieselben Bestimmungen wie für das Vertragspfandrecht (§§ 861 f. 812, 1227, 985, 1004).

Das Erlöschen des Pfandrechts tritt, abgesehen vom Untergang der Sache, ein: durch einseitigen, dem Besteller gegenüber erklärten Verzicht (§ 1255, 1), durch Veräußerung der Pfandsache an einen gutgläubigen Erwerber (§ 936), durch Erlöschen der Forderung (§ 1252), durch Übertragung der Forderung mit Ausschluß des Pfandrechts (§ 1250 Abs. 2), durch Konfusion (§ 1256), durch Rückgabe der Pfandsache an den Besteller oder Eigentümer (§ 1253). Natürlich auch durch ordnungsmäßigen Pfandverkauf. Dabei ist hervorzuheben, daß beim Schiffspfandrecht der Verkauf lediglich auf Grund eines vollstreckbaren Titels nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften erfolgen darf (§§ 1268, 1233,2). Für das Schiffspfandrecht besteht noch eine Besonderheit nach H. G. B. § 764: das Pfandrecht erlischt, außer dem Fall der im Inland erfolgten Zwangsversteigerung, durch den von Schiffer im Fall zwingender Notwendigkeit auf Grund seiner gesetzlichen Befugnisse bewirkten Verkauf, aber es tritt an die Stelle des Schiffes das Kaufgeld, solange es bei dem Käufer aussteht oder noch in den Händen des Schiffers ist.

Literatur-Verzeichnis.

I. Kommentare, Lehrbücher, Abhandlungen.

André, Die Einrede des nichterfüllten Vertrags. Leipzig 1890.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten, 13. Aufl. Stuttgart 1886.

Auer Franz, Das Stadtrecht von München. München 1840.

Baron, Pandekten, 7. Aufl. Leipzig 1893.

Becher Heinrich, Das rechtsbayerische Landeszivilrecht. München 1896.

Biermann J., Sachenrecht, 2 Aufl. Berlin 1903.

Borcherdt, Das Mietsrecht nach dem B.G.B. Breslau 1899.

Brückner Herm., Die Miete von Wohnungen und anderen Räumen, 2. Aufl. Leipzig 1902.

Buhl Heinrich, Das Recht der beweglichen Sachen. Berlin 1901.

Cosack K., Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 5. Aufl. Jena 1910.

Crome Karl, System des deutsch bürgerlichen Rechts, Bd. 1. Tübingen 1900.

Dankwardt H., Die locatio conductio operis in Jherings Jahrb. 13, S. 299.

Danzer, Das bayerische Landrecht (Codex Maximilianeus Bavaricus civilis) vom Jahre 1756 in seiner heutigen Geltung. München 1894.

Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches. Berlin 1897.

Dernburg, Pandekten Bd. I, herausg. von Sokolowski, 8. Aufl. Berlin 1911.
Pandekten Bd. II, 7. Aufl. Berlin 1902.

— Das bürgerliche Recht, Bd. II, 1, 4. Aufl. Halle a. S. 1909.
Das bürgerliche Recht, Bd. II, 2, 3. Aufl. Halle a. S. 1905.
Das bürgerliche Recht, Bd. III, 4. Aufl. Halle a. S. 1908.

— Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, Leipzig 1860. Bd. 2, 1864.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. Mannheim 1908. Bd. 2, 3. Aufl. 1910.

Ehrenberg Viktor, Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit in Jherings Jahrbücher 47, S. 279.

Emmerich Hugo, Pfandrechtskonkurrenzen, Berlin 1909.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 9. Aufl. Berlin 1903.
Bd. II, 8./9. Aufl. Berlin 1905.

Enneccerus-Kipp, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 4./5. Aufl. Marburg 1910.

Erhardt Chr. D. u. Daniels etc., Code Napoléon. Darmstadt u. Gießen 1809.

Fischer-Henle, Handausgabe des B.G.B., 8. Aufl. München 1909.

Fuld, Das Mietrecht nach dem B.G.B. 1898.

Gengler, Deutsche Stadtrechte des Mittelalters, 2. Aufl. Nürnberg 1900.

Gerber C. F., System des Deutschen Privatrechts, 17. Aufl. Jena 1895.

Gierke Otto, Deutsches Privatrecht, 2. Bd. Leipzig 1905.

Glück, Erläuterungen zu den Pandekten, Bd. 14, 15, 17. Erlangen 1815.

Goldschmidt, siehe Zeitschrift für Handelsrecht 8, S. 264.

Goltdammer, Kommentar und vollst. Materialien zur preußisch. K.O. vom 8. Mai 1855, 2. Ausg. Berlin 1858.

Hachenburg Max, Dienstvertrag und Werkvertrag. Mannheim 1898.

Hahn C., Materialien zu der K.O. und dem E.G. vom 10. Februar 1877. Berlin 1898.

Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. 1. Leipzig 1903.

Heerwart, Über die exceptio non adimpleti contractus und non rite adimpleti contractus im Archiv für ziv. Praxis 17, S. 341.

Hoffmann, Brückner etc., Kommentar zum B.G.B., Bd. 1. Nürnberg-Leipzig 1910, Verlag Sebald.

Hülsberg Bruno, Das Pfandrecht des Vermieters. Dissert. Berlin 1907.

Isay, Die Geschäftsführung nach dem B.G.B. Jena 1900.

Kern Erich, Entwicklung des Grundsatzes „Hand wahre Hand". Dissert. Breslau 1881.

Koch, Kommentar zum allgem. Landrecht für die preußisch. Staaten vom Jahre 1794. Berlin-Leipzig 1884.

Kohler J., Vertrag und Übergabe, im Archiv f. bürgerl. Recht 18, S. 102.

Kraut, Das alte Stadtrecht von Lüneburg. Göttingen 1846.

— Grundriß zu Vorlesungen über das deutsche Privatrecht, 5. Aufl. Berlin 1872.

Kreittmayr Freiherr von, Anmerkungen über den codicem Juris Bavarici Iudiciarii. München 1754.

Krüll F. X., Handbuch des K. bayer. gem. bürgerl. Rechts. Landshut 1807.

Laband Paul, Die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächs. Rechtsquellen des Mittelalters. Königsberg 1869.

Landshoff Fritz, Das Pfandrecht des Unternehmers beim Werkvertrage. Dissert. Berlin 1907.

Langheineken P., Anspruch und Einrede nach dem B.G.B. Leipzig 1903.

Loening Rich., Der Vertragsbruch im deutschen Recht. Straßburg 1876.

Lößl Heinrich, Das Lohnpfandrecht, in Jurist. Blätter 18, S. 85. Wien 1889.
Lotmar Philipp, Der Arbeitsvertrag, Bd. I, Leipzig 1902. Bd. II, 1908.
Maenner Karl, Das Sachenrecht, 2. Aufl. München 1906.
Meibom Viktor von, Das deutsche Pfandrecht. Marburg 1867.
Meyer Christian, Das Augsburger Stadtrecht. Augsburg 1872.
Meyer Herbert, Entwerung und Eigentum im deutschen Fahrnisrecht. Jena 1902.
Mittelstein, Die Miete nach dem Recht des Deutschen Reiches, 2. Aufl. Berlin 1909.
Mittermaier C. J., Grundsätze des gem. deutschen Privatrechts, 6. Aufl. Regensburg 1842.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerl. Gesetzbuches, Bd. II und III, 2. Aufl. Berlin 1896.
Neuburger Paul, Der Schutz des gutgläubigen Pfandrechtserwerbs. Dissert. Leipzig 1904.
Neudecker, Beiträge zu der Lehre von der mittelbaren Stellvertretung, in Grünhuts Zeitschrift Bd. 36, 45. Wien 1909.
Neumann, Handausgabe des B.G.B., Bd. I, 5. Aufl. Berlin 1909.
Oelrichs, Vollständige Sammlung alter und neuer Gesetzbücher der Kais. und fryen Stadt Bremen. Bremen 1771.
Oertmann P., Recht der Schuldverhältnisse, 3./4. Aufl. Berlin 1910.
Pappenheim, siehe Zeitschrift für Handelsrecht 46, S. 525.
Petersen-Kleinfeller, Konkursordnung, 4. Aufl. Lahr 1901.
Planck G., Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. II. Berlin 1907, Bd. III, 1906.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des B.G.B. Berlin 1897—1899.
Regelsberger, Der sogen. Rechtserwerb vom Nichtberechtigten, in Jherings Jahrbücher 47, S. 349 (1904).
Riezler Erwin, Der Werkvertrag nach dem B.G.B. Jena 1900.
Roth Paul, Bayer. Zivilrecht, Bd. II, 2, 2. Aufl. Tübingen 1905
Rümelin Gustav, Dienstvertrag und Werkvertrag. Tübingen 1905.
— Das Handeln in fremdem Namen im B.G.B., im Archiv für ziv. Praxis, Bd. 93, S. 282. Tübingen und Leipzig 1902.
Salkowski Karl, Institutionen, 9. Aufl. Leipzig 1907.
Sarwey, Die Konkursordnung vom 10. Februar 1877, 3. Aufl. Berlin 1896.
Schaps, Das deutsche Seerecht. Berlin 1906.
Schlegelberger Franz, Das Zurückbehaltungsrecht. Jena 1904.
Schröder Rich., Lehrbuch d. deutsch. Rechtsgeschichte, 5. Aufl. Leipzig 1907.
Schwind Freiherr von, Wesen und Inhalt des Pfandrechts. Jena 1899.

Siber Heinrich, Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters, des Verpächters und des Gastwirts. Jena 1900.
Sohm Rudolf, Istitutionen, 9. Aufl. Leipzig 1899.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 9. Aufl. Berlin 1911.
Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts, I—IV, 3. Aufl. Berlin 1895—1901.
Weiske, Rechtslexikon. Leipzig 1847.
Wendt, Erwerb von einem Nichtberechtigten, im Archiv für ziv. Praxis, Bd. 89, S. 1 ff., insbes. 31 ff. Freiburg i. B. 1899.
Willenbücher, Die Reichskonkursordnung. Berlin 1896.
Windscheid-Kipp, Pandekten, 9. Aufl. Frankfurt 1906.
Wolff Th., Kommentar zur alten K.O. Berlin 1900.

II. Zeitschriften, Spruchsammlungen.

Archiv für bürgerliches Recht Bd. 18, 102; Bd. 22, 2.
Archiv für soziale Gesetzgebung 12, 615.
Archiv für zivilistische Praxis 14, 341; 89, 1; 93, 282.
Blätter für Rechtspflege 1900, S. 56; 1902, S. 73.
Deutsche Juristenzeitung 1900, S. 202, 225, 296, 318; 1902, S. 314; 1903, S. 60.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des preußischen Rechts 13, 1, 263.
Grünhuts Zeitschrift 36, 45 Ziff. 3.
Jherings Jahrbücher 13, 349; 14, 228; 47, 349, 279.
Juristische Blätter 18, 85 (1889).
Juristische Wochenschrift 1899, S. 453; 1901, S. 879; 1903, S. 89; 1906, S. 333; 1910, S. 107.
Recht, das, 1900, S. 418; 1901, S. 525; 1908, S. 203, 1209.
R.G. Entsch. Ziv. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen 14, 231; 54, 302; 57, 1.
R.G. Entsch. Strafs. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen 3, 61; 4, 73, 198; 6, 304; 11, 226; 37, 329.
Rspr. O.L.G. = Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts von Mugdan und Falkmann, Leipzig. 1, 398; 2, 80; 3, 28; 4, 328; 7, 15; 12, 79.
Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß 12, 379.
Sächsisches Archiv für Rechtspflege 1, 566.
Seufferts Archiv 43, 397.
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung 41, 357.
Zeitschrift für Handelsrecht 8, 264; 9, 1; 46, 525.

III. Wörterbücher, Sprachbücher.

Dieffenbach, Vergleichendes Wörterbuch der gotischen Sprache. Frankfurt 1851.

Dieffenbach und Walcker, Hoch- und niederdeutsches Wörterbuch der mittleren und neueren Zeit. Basel 1885.

Grimm, Deutsches Wörterbuch, 12 Bände. Leipzig 1886.

Heyne Moritz, Deutsches Wörterbuch. Leipzig 1906.

Körting Gustav, Etymologisches Wörterbuch der französischen Sprache. Paderborn 1908.

Lexer M., Mittelhochdeutsches Wörterbuch, 10. Aufl. Leipzig 1854.

Lexique de L'ancien Francais. J. Bonnard und A. Salmon, Paris und Leipzig 1901.

Schade O., Altdeutsches Wörterbuch. Halle a. S. 1878.

Schmeller, Bayerisches Wörterbuch. München 1869.

Weigand, Deutsches Wörterbuch, 5. Aufl. Gießen 1909.